

CHIARA PRELE

**LA FONDAZIONE.
EVOLUZIONE GIURIDICA
DI UN ISTITUTO ALLA RIBALTA**

207407

TESTI

14485

1313

1783

1783
1783
1783

Chiara Prele

La fondazione

Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta



Edizioni

Fondazione Giovanni Agnelli

*Il presente lavoro è stato realizzato grazie a un contributo
della Compagnia di San Paolo.*

La sua stesura si è conclusa in data 31 dicembre 2006.

COMPAGNIA
di San Paolo

Copyright © 2007 by *Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli*
via Giacosa 38, 10125 Torino

tel. 011 6500500, fax 011 6502777

e-mail: edizioni@fga.it

Internet: <http://www.fondazione-agnelli.it>

ISBN 978-88-7860-210-6

Le opinioni espresse dall'autrice non riflettono necessariamente
il punto di vista dell'Editore

Indice

Premessa

IX

Capitolo primo

La fondazione nel codice civile

1

1. La disciplina in tema di fondazioni

1

2. Le persone giuridiche

1

3. La Costituzione

6

4. L'atto costitutivo

9

5. Il riconoscimento

15

6. Il patrimonio

24

7. Lo scopo

27

8. La fondazione di famiglia

35

9. L'attività di impresa

36

10. La fondazione *holding*

43

11. L'organizzazione

44

12. La fondazione di partecipazione

51

13. I beneficiari

53

14. Il controllo

55

15. Il coordinamento di attività e unificazione di amministrazione

57

16. La trasformazione

58

17. L'estinzione

59

18. La trasformazione eterogenea in società di capitali

61

Capitolo secondo

Le fondazioni costituite dal legislatore

65

19. Le fondazioni costituite dallo Stato o da un ente pubblico

65

Indice

20. La trasformazione di enti pubblici in fondazione. Le casse di previdenza e assistenza di categoria	68
21. <i>Segue</i> - Gli enti del settore musicale	70
22. <i>Segue</i> - Gli enti trasformati ai sensi della legge 15 marzo 1997, n. 59	77
23. <i>Segue</i> - Le istituzioni di assistenza e beneficenza	79
24. Le fondazioni costituite <i>ex novo</i> . Le fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali	82
25. <i>Segue</i> - Le fondazioni universitarie	85
26. <i>Segue</i> - L'Istituto Italiano di Tecnologia	87
27. <i>Segue</i> - La Fondazione Ordine Mauriziano	88
28. La costituzione di fondazioni da parte di enti pubblici	90
29. I caratteri pubblici delle fondazioni. I dubbi sulla natura privata	90

Capitolo terzo

Le fondazioni di origine bancaria	101
30. Le fondazioni di origine bancaria	101
31. La legge 30 luglio 1990, n. 218 e il decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356	102
32. La legge 30 luglio 1994, n. 474 e la direttiva 18 novembre 1994	110
33. La legge 23 dicembre 1998, n. 461 e il decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153	112
34. La natura di fondazione	114
35. Lo scopo e l'attività	118
36. L'attività di impresa	126
37. Il ruolo di erogazione e il ruolo operativo	133
38. La fondazione di comunità	136
39. Il principio di economicità della gestione	141
40. Il patrimonio	142
41. La destinazione del reddito	143
42. Le partecipazioni di controllo e le loro dismissioni	144
43. Il bilancio e le scritture contabili	152
44. Gli organi	152
45. La vigilanza	165
46. La natura privata	172
47. La natura non lucrativa o imprenditoriale nella giurisprudenza italiana e comunitaria	179

Capitolo quarto	
La revisione della disciplina codicistica	185
48. L'evoluzione dell'istituto e la necessità di riforma	185
49. I principi ispiratori della riforma	189
50. Gli aspetti della riforma. La personalità giuridica	192
51. <i>Segue</i> - La definizione	194
52. <i>Segue</i> - Lo scopo	196
53. <i>Segue</i> - Il patrimonio	201
54. <i>Segue</i> - Il riconoscimento	203
55. <i>Segue</i> - La pubblicità	205
56. <i>Segue</i> - I beneficiari	206
57. <i>Segue</i> - L'organizzazione	207
58. <i>Segue</i> - La distinzione tra associazioni e fondazioni	210
59. <i>Segue</i> - Le «altre istituzioni di carattere privato»	212
60. <i>Segue</i> - Il controllo	214
61. <i>Segue</i> - L'estinzione e la trasformazione	219
62. <i>Segue</i> - La trasformazione eterogenea in società di capitali	221
63. <i>Segue</i> - I tipi di fondazione	223
64. <i>Segue</i> - L'attività di impresa	227
65. <i>Segue</i> - L'avvicinamento agli enti del libro quinto	239
 Bibliografia	 241
 Nota sull'autrice	 259

Premessa

Il presente studio esamina la vigente disciplina della fondazione alla luce dell'evoluzione e del ruolo che l'ente ha assunto e, individuate le incongruenze rispetto all'impianto codicistico, indica gli aspetti che una revisione del titolo II del libro primo del codice civile dovrebbe contemplare.

La disciplina civilistica, applicabile alla fondazione di diritto comune, viene esaminata con indicazione delle elaborazioni dottrinarie e degli orientamenti giurisprudenziali e con una particolare attenzione all'evoluzione che l'istituto ha subito nella prassi (capitolo primo).

Le fondazioni costituite e disciplinate da legislazione speciale sono descritte, al fine di individuarne le divergenze rispetto al modello codicistico (capitolo secondo).

Appropriata attenzione viene dedicata alle fondazioni di origine bancaria (capitolo terzo).

Individuata l'evoluzione dell'istituto rispetto alla disciplina contenuta nel titolo II del libro primo del codice civile vengono espone le ragioni che consigliano una revisione del medesimo e indicati gli aspetti che la riforma dovrebbe comprendere (capitolo quarto).

Capitolo primo

La fondazione nel codice civile

1. *La disciplina in tema di fondazioni*

La disciplina fondamentale in materia di fondazioni è contenuta nel titolo II del libro primo del codice civile; più precisamente, nel capo II di tale titolo.

Nel periodo più recente (indicativamente, a partire dagli anni novanta) la fondazione è stata oggetto di corposa legislazione speciale. Si tratta di forme fondazionali specifiche, create dal legislatore (fondazioni sorte dalla trasformazione di preesistenti enti pubblici o create *ex novo*, tra le quali le fondazioni di origine bancaria). Si tratta della legislazione in tema di organizzazioni *non profit*, caratterizzate dall'assenza dello scopo di lucro ma non riconducibili a una categoria giuridica, che possono anche assumere la forma della fondazione.

Il rapporto tra la legislazione speciale e la disciplina civilistica sarà trattato oltre: giova peraltro precisare che la legislazione speciale costituisce un'evoluzione che ha contribuito alla modificazione dell'istituto della fondazione rispetto alla disciplina codicistica, sulla quale pure hanno inciso interventi abrogativi del legislatore, ma che rimane, purtuttavia, la disciplina fondamentale in materia di fondazioni.

2. *Le persone giuridiche*

Il titolo II del libro primo del codice civile, all'interno del quale la fondazione è disciplinata, è titolato «Delle persone giuridiche».

Nelle «disposizioni generali» – capo I del titolo – la fondazione rientra nelle «persone giuridiche private», ai sensi dell'articolo 12 (ora

abrogato) che comprendeva «Le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato». Le disposizioni generali operano infatti un distinguo delle persone giuridiche tra pubbliche e private, essendo le prime non soggette a questo titolo, in quanto «godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico» (art. 11). Merita appena accennare come questa netta distinzione tra pubblico e privato appaia oggi molto più debole a seguito della ricorrente iniziativa pubblica nella costituzione di fondazioni e dell'intervento del legislatore speciale con la creazione di enti privatistici, tra i quali spesso figurano fondazioni, caratterizzati da commistione di caratteri privatistici e pubblicistici: da qui la difficoltà di collocare l'ente stesso tra le persone giuridiche private ovvero tra «gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche» di cui all'articolo 11.

Associazioni e fondazioni rappresentano, tradizionalmente, «le persone giuridiche per eccellenza»¹, ciò che spiega la collocazione codicistica della loro disciplina. Esse non esauriscono, peraltro, i tipi di persone giuridiche contemplate dal codice, che comprendono anche le società, disciplinate dal libro quinto del codice, rubricato «Del lavoro»^{2,3}.

Dubbio è, invece, che associazioni e fondazioni esauriscano le persone giuridiche disciplinate dal titolo II del libro primo: l'articolo 12 si riferiva anche alle «altre istituzioni di carattere privato», ancorché il codice non preveda altra disciplina oltre a quella di associazioni e fon-

¹ F. Galgano, voce «Persona giuridica», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XIII, 1995, p. 397.

² Il carattere di persona giuridica delle società è stato chiarito dal codice civile del 1942. Sul piano della personalità giuridica la dottrina distingue tra «persone giuridiche di diritto comune» e «persone giuridiche commerciali» (F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957, pp. 349 sgg.); associazioni, fondazioni o società sono enti diversi, tutti riconducibili al concetto di persona giuridica, «nome» che «non individua... un tipo specifico di ente (come lo individuano i nomi di associazione o fondazione o società), ma designa un possibile modo di essere dell'ente» (F. Galgano, cit. a nota 1, p. 397).

³ La distinzione tra associazioni e fondazioni e società connota l'ordinamento, non solo civilistico: la disciplina tributaria distingue tra enti commerciali ed enti non commerciali. Peraltro, la distinzione ha assunto, nel periodo più recente, connotazioni meno rigide conseguenti all'esercizio di attività commerciale o imprenditoriale da parte di associazioni e fondazioni e all'attenuazione della configurazione della società legata allo scopo di lucro, come si evidenzia in più parti del presente studio.

dazioni. La dottrina prevalente esclude l'esistenza di un terzo tipo, oltre ad associazione e fondazione⁴; ritiene che l'espressione del codice sia da collegare al timore che tali enti «potessero rimanere fuori dalle prescrizioni legali, e quindi del sistema di autorizzazioni, di interventi e di controlli predisposti dal codice»⁵. L'articolo 1 del d.p.r. n. 10 febbraio 2000, n. 361 (decreto che ha abrogato l'art. 12 del codice) fa tuttora riferimento alle «altre istituzioni di diritto privato».

D'altro lato il titolo II contiene il capo terzo, titolato «Delle associazioni non riconosciute e dei comitati», ossia soggetti non personificati dotati di capacità giuridica⁶.

La personalità giuridica, riconosciuta dall'ordinamento, comporta, in capo al soggetto giuridico, una volontà propria, formata ed espressa attraverso i suoi organi, e un patrimonio proprio, autonomo e distinto rispetto a quello dei membri. La persona giuridica ha capacità giuridica piena, o generale⁷, al pari della persona fisica, con la sola esclusione dei rapporti che, per loro natura, presuppongono una persona fisica. Sono elementi costitutivi della personalità giuridica un

⁴ M. V. De Giorgi, «Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e fondazioni», in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino, 1982, p. 195; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1983, p. 40. Contra, F. Galgano, «Delle persone giuridiche – art. 11-35», in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 2006, sub art. 12, p. 161; Idem, cit. a nota 1, p. 397; l'Autore osserva che la mancanza di diversa disciplina rispetto ad associazioni e fondazioni ha determinato il convincimento che la locuzione «persone giuridiche» sia riferita ad associazioni e fondazioni.

⁵ P. Rescigno, voce «Fondazione c) Diritto civile», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, p. 792.

⁶ Il nostro ordinamento contempla quindi enti (quale, in primo luogo, l'associazione non riconosciuta) dotati di soggettività, ma non di personalità giuridica (F. Galgano, *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, 2ª ed., Padova, 1996, pp. 88 sgg.); soggettività e personalità giuridica comportano una diversa disciplina dell'ente.

⁷ È infatti da escludere una capacità funzionale «in funzione e nei limiti dello scopo che è la ragione della sua stessa esistenza» (F. Santoro Passarelli, cit. a nota 4, p. 43). Sulla capacità giuridica e d'agire piena della persona giuridica Cass., Sez. 1, 9.4.1990, n. 2965. La giurisprudenza di merito ha ritenuto che la generale capacità giuridica della fondazione ammetta la partecipazione di essa in società (Trib. Verona, 15.7.1994). La capacità delle fondazioni di partecipare a società di capitali è, a seguito della riforma del diritto societario, desumibile dall'articolo 2497 c. c.

elemento materiale, o substrato, di mezzi e uomini, e un elemento formale, il riconoscimento, mediante il quale l'ente diventa persona giuridica. Senza entrare nelle teorie della personalità giuridica⁸, giova osservare che l'autonomia patrimoniale e la limitazione della responsabilità dei singoli sono riconducibili alla nascita del soggetto di diritto e non costituiscono un'eccezione al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'articolo 2740 c. c. In questo senso la fondazione, caratterizzata, come si dirà tra breve, dall'elemento patrimoniale, si distingue nettamente dalle ipotesi di patrimoni destinati a uno scopo previsti dall'ordinamento e nei tempi recenti aumentati, che costituiscono eccezione a tale principio, riconducibili al secondo comma dell'articolo 2740, e determinano una limitazione di responsabilità e un'autonomia giuridica ma non una soggettività distinta⁹.

Dei due sopracitati elementi costitutivi, l'elemento formale – il riconoscimento – è disciplinato, nella sua procedura, dall'ordinamento con riferimento a entrambi i tipi di persona giuridica, mentre l'elemento materiale – uomini e mezzi – si atteggia diversamente in associazioni e fondazioni con una prevalenza delle persone (gli associati)

⁸ Nell'ambito dell'amplissima dottrina, che riproduce le diverse teorie, si possono ricordare: F. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), vol. II, Torino, 1886; O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. I, Berlin, 1895; A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939; H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milano, 1959; H. L. A. Hart, in *Contributi all'analisi del diritto* (trad. it.), a cura di V. Frosoni, Milano, 1966; R. Orestano, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968; M. Basile e A. Falzea, voce «Persona giuridica (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983, p. 234. Fra le trattazioni generali e sistematiche delle persone giuridiche, si vedano G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 2ª ed., I, Firenze, 1899; L. Michoud, *La théorie de la personnalité*, Paris, 1906-1907; R. Saleilles, *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910; C. Gangi, *Persone fisiche e persone giuridiche*, 2ª ed., Milano, 1948; F. Ferrara, «Le persone giuridiche», in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, rist. 2ª ed., Torino, 1958; F. Santoro Passarelli, cit. a nota 4, 1983, pp. 39 sgg.; F. Galgano, cit. a nota 1; C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica. I soggetti*, 2ª ed., Milano, 2002.

⁹ Il patrimonio allo scopo e la soggettività giuridica caratterizzano la dottrina germanica dello *Zweckvermögen*. Per una sintetica e recente descrizione della separazione patrimoniale nel nostro ordinamento si veda C. Prele, «I patrimoni destinati delle società per azioni», in *Giurisprudenza piemontese*, n. 1, 2006, pp. 18-72.

nelle associazioni e dei mezzi (il patrimonio) nelle fondazioni. Questa distinzione, che ha le radici nella distinzione romanistica tra *universitas personarum* e *universitas bonorum*, risulta oggi fortemente attenuata dall'avvicinamento tra i due istituti prodotto dalla rilevanza dell'organizzazione e dall'attenuazione dell'elemento patrimoniale che connota l'evoluzione della fondazione, come si dirà in più parti del presente studio.

Le disposizioni del capo II del codice e le disposizioni di attuazione riguardano associazioni e fondazioni: la maggior parte delle disposizioni è riferita a entrambe le figure; altre a una delle due figure. L'associazione risulta maggiormente disciplinata: essa rappresenta, tradizionalmente, il paradigma della persona giuridica¹⁰, in virtù della più antica origine¹¹.

La disciplina civilistica della fondazione è piuttosto povera, costituita da norme di carattere generale. Ciò può essere ricondotto al generale sfavore verso i corpi intermedi, accentuato, per la fondazione, dall'assenza di membri e dalla durata potenzialmente eterna, con conseguente sottrazione di patrimoni al traffico giuridico. Questo sfavore ha caratterizzato tutto il periodo precostituzionale, nell'ambito del quale il codice del 1942 costituisce già una novità per il solo prevedere una disciplina delle persone giuridiche private, peraltro con la finalità di controllare queste ultime e non certo di favorirne l'espansione.

La scarsità della disciplina ha, in un'epoca successiva, caratterizzato dall'espansione del settore *non profit*, consentito un ampio ricorso all'istituto, con introduzione di disciplina con contenuti diversi e utilizzazione dell'istituto flessibile anche all'infuori dei suoi scopi classici. La povertà e generalità della disciplina si è così rivelata non tanto una carenza, bensì una libertà, che ha condotto a una notevole evoluzione dei caratteri dell'istituto se non, talvolta, a uno sviamento

¹⁰ F. Galgano, cit. a nota 4, sub artt. 11-42, pp. 80-81.

¹¹ R. Orestano, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, parte prima, dispen-
se, Torino, 1959, p. 18, osserva che in diritto romano gli «enti irriducibili alla perso-
na fisica sono costituiti in base a situazioni e fenomeni di tipo corporativo, cioè a
base personale: invece nessun principio generale è dato di ritrovare riguardo a quel-
le situazioni a carattere essenzialmente patrimoniale che in età moderna si com-
prendono sotto il nome di *fondazioni*», alle quali i romani dettero altre soluzioni.

dall'impianto civilistico, che mostra pertanto ora la sua parziale difformità rispetto all'uso invalso nella prassi.

3. La Costituzione

Come si è accennato, lo sfavore verso i corpi intermedi ha iniziato ad attenuarsi con l'avvento della Costituzione, il cui articolo 2 si riferisce alle «formazioni sociali», alle quali è riconducibile la fondazione, non espressamente richiamata da alcuna disposizione costituzionale¹². Il favore costituzionale verso i corpi intermedi consegue alla concezione pluralista cui la Carta fondamentale si ispira; esso può ritenersi compiuto con la previsione, di cui all'articolo 118, nel testo novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, del principio di sussidiarietà, più precisamente della sussidiarietà orizzontale (art. 118, u. c.). La norma tutela «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»; essa è riferibile al terzo settore o privato sociale pur non esaurendosi in esso¹³, i cui enti «operano in funzione di interessi pubblici e collettivi e nei settori di competenza al pari o meglio delle pubbliche amministrazioni»¹⁴.

Si tratta di un settore terzo rispetto al settore pubblico, corrispondente allo Stato e alla pubblica amministrazione nel suo complesso, e al settore privato, corrispondente al mercato e all'iniziativa economica privata, finalizzato a interessi generali e come tale inquadrabile nell'ultimo comma dell'articolo 118 della Costituzione.

¹² G. Alpa, «Il regime delle fondazioni in Italia», in *Quaderni Regionali*, 1977, p. 954. L'Autore ha osservato che l'articolo 2 della Costituzione è stato enfatizzato dalla dottrina.

¹³ Il rapporto tra sussidiarietà e terzo settore è stato trattato in *Il terzo settore tra servizi alla comunità e alla persona*, a cura di A. Quadrio Curzio e G. Merzoni, Milano, 2002.

¹⁴ G. Guarino, «Le fondazioni tra Stato, società e mercato», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 67.

Il principio di sussidiarietà è posto alla base delle importanti sentenze della Corte costituzionale 24 settembre 2003, nn. 300 e 301, in tema di fondazioni di origine bancaria, rilevante esempio nel nostro Paese di detto principio.

Già precedentemente all'introduzione del principio di sussidiarietà nella Costituzione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 396/1988, aveva applicato il principio pluralistico che ispira la Costituzione alla libertà di assistenza privata (art. 38, u. c., Cost.), e ritenuto superato il regime di obbligatoria pubblicizzazione delle IPAB operato con la legge 17 luglio 1890, n. 6972: la Costituzione, secondo la Corte, ha realizzato «un'inversione di tendenza» ammettendo l'iniziativa privata e la conseguente natura privatistica di enti che operano nei settori dell'assistenza e beneficenza.

È dunque cambiato l'atteggiamento verso l'intero settore, non pubblico, che realizza attività di interesse generale: il cosiddetto «terzo settore», ossia il settore *non profit*¹⁵, i cui enti possono anche assume-

¹⁵ L'espressione terzo settore proviene dagli Stati Uniti: il *third sector* comprende gli enti che non appartengono al *governement* né al *business private sector*. È stata recepita nel nostro Paese dove l'espressione è divenuta di uso comune; essa è anche stata utilizzata dal legislatore (art. 59, c. 45, lett. e) della legge 27.12.1997, n. 449). Parimenti, l'espressione *non profit* deriva dalla locuzione *non for profit*, che negli Stati Uniti è categoria giuridica («ente che non distribuisce utili – salvo i cosiddetti “vantaggi immediati”, di tipo mutualistico», G. Baralis, «Enti *non profit*: profili civilistici», in *Rivista del notariato*, I, 1999, p. 1091) e in Italia è una categoria concettuale che può essere tradotta «senza scopo di lucro». Essa comprende persone giuridiche diverse (fondazioni, associazioni, cooperative, ecc.) che operano in una logica non di profitto, intesa non come assenza di risultati di profitto bensì come divieto di distribuzione degli utili, ossia di appropriazione individuale dei risultati economici positivi. La definizione di settore *non profit* fornita da L. Salamon, R. List, S. Toepler e S. Sokolowski, *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector. The Johns Hopkins Comparative Sector Project*, Baltimore, 1999, condivisa a livello internazionale, è basata sulle seguenti caratteristiche: organizzazioni di carattere privato con una struttura istituzionale ben definita, con divieto di distribuzione di utili, che si autogovernano e hanno partecipazione su base volontaria. Il *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di R. Cartocci e F. Maconi, Bologna, 2006, realizzato per iniziativa dell'Agenzia per le ONLUS, fornisce la seguente definizione (p. 28): «Le organizzazioni del Terzo settore sono istituti che svolgono una o più attività per il perseguimento di una missione socialmente rilevante (ispirata a determinati valori ed esplicitata nello statuto) nei confronti di una

re la forma della fondazione (che peraltro è adottata da una minima parte degli enti¹⁶). Questo mutato atteggiamento trova la sua ragione non solo nel ritenere meritevoli di tutela organizzazioni aventi finalità di interesse generale, ma anche nella crisi del *welfare state* che impone la realizzazione di attività di carattere sociale, già esercitate dallo Stato¹⁷, da parte di altri soggetti da questo riconosciuti, specie a opera di legislazione riferita a specifici settori¹⁸, che svolgono quindi un ruolo

determinata comunità di riferimento, e che destinano integralmente le risorse (materiali e immateriali) a propria disposizione, nonché gli eventuali avanzi gestionali, alla realizzazione diretta o indiretta di tale missione». Il terzo settore, costituito dal *non profit*, si aggiunge al settore pubblico e al settore degli enti commerciali caratterizzati dalla logica di profitto. L'assenza dello scopo di lucro ha portato a includere nel terzo settore anche gli enti pubblici; in realtà, è da preferire la tesi maggioritaria che comprende nel terzo settore le persone giuridiche private (quindi esclude gli enti pubblici) senza scopo di lucro (quindi esclude gli enti commerciali). Dell'ampia dottrina sulla materia si citano: G. Ponzanelli, «Le non profit organisations dell'esperienza statunitense», in *Rivista di diritto civile*, I, 1985; Idem, «Le fondazioni in diritto straniero», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989; *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, a cura di H. K. Anheier e W. Siebel, Berlin-New York, 1990; L. Salmon e H. K. Anheier, *The Emerging Non Profit Sector: an Overview*, New York, 1996; G. Ponzanelli, voce «Non profit organisations», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. XVI, App., 1997, p. 667.

¹⁶ Al censimento effettuato dall'ISTAT nel 1999 sul terzo settore è risultato che appartengono al *non profit* 221.412 istituzioni, delle quali 3.008 sono fondazioni (1,4%); gli altri enti sono per il 63,6% associazioni riconosciute; il 27,8% associazioni non riconosciute; il 2,1% cooperative sociali; al restante 5,1% appartengono altre categorie di soggetti.

¹⁷ G. Ponzanelli, «Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo, – commento al d.lgs. n. 153/1999», in *Il corriere giuridico*, n. 10, 1999, p. 1208, ricollega la crescita esponenziale degli enti *non profit* alla *market failure* e alla *government failure*.

¹⁸ Pur senza approfondire il vasto tema, non strettamente attinente al presente studio, merita sottolineare l'atteggiamento di favore del legislatore che, in un periodo caratterizzato dalla crisi del *welfare state*, considera meritevoli di sostegno pubblico attività di rilevanza sociale svolte dal settore privato, alle quali vengono accordate agevolazioni, specie fiscali, contribuzioni o sovvenzioni. Della copiosa e non sempre organica legislazione possono essere citati l'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349, sulle associazioni di protezione ambientale, il decreto legislativo 4 dicembre 1997, n. 460, relativo alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, la legge 11 agosto 1991, n. 266, «Legge quadro sul volontariato», la legge 8 novembre 1991, n. 381, «Disciplina delle cooperative», l'articolo 4 del decreto legi-

lo di supplenza del settore pubblico¹⁹. Ciò ha condotto negli ultimi vent'anni, all'incirca, al vistoso aumento degli enti del terzo settore, e, tra questi, delle fondazioni²⁰, contribuendo alla mutata configurazione di questo istituto, specie per quanto concerne lo svolgimento di attività economica.

4. *L'atto costitutivo*

Il libro primo del codice civile non fornisce la nozione di «fondazione», che è stata elaborata dalla dottrina sulla base degli elementi costitutivi dell'istituto, previsti dal codice.

Il codice disciplina, nella prima norma del capo II, «Delle associazioni e delle fondazioni», l'atto costitutivo, che è uno dei due presupposti della fondazione, essendo l'altro il riconoscimento, il quale eleva l'ente a persona giuridica, già contemplato dal codice in una norma precedente, l'articolo 12, e ora disciplinato dal d.p.r. n. 361/2000.

Le norme relative all'atto costitutivo ne disciplinano la forma (art. 14), la revoca (art. 15), il contenuto (art. 16).

L'articolo 14, intitolato «Atto costitutivo», si limita a prescriverne la forma, richiedendo la forma *ad substantiam* dell'atto pubblico per le fondazioni *inter vivos*, e prevedendo la costituzione *mortis causa* con testamento.

L'evoluzione dell'istituto nel periodo recente vede una maggio-

slativo 21 aprile 1993, n. 124, in tema di fondi pensione, la legge 2 dicembre 2000, n. 383, sulle associazioni di promozione sociale. M. Basile, voce «Enti non lucrativi (diritto civile)», in *Enciclopedia del diritto*, Agg., vol. III, 1999, pp. 578-80, individua i modi e le forme in cui il sostegno pubblico si manifesta: il trattamento fiscale agevolato, l'erogazione di contributi pubblici; la partecipazione all'azione dei pubblici poteri; misure di sostegno varie; la compartecipazione con enti pubblici nella prestazione di servizi di interesse generale; l'esenzione da obblighi e divieti di diritto comune.

¹⁹ Un avvicinamento al modello di sviluppo americano, caratterizzato da una rilevanza e tradizione delle *non profit organizations*, presuppone, del resto, una riconsiderazione del *welfare*, che negli Stati Uniti vede da sempre una scarsa presenza del settore pubblico.

²⁰ La legislazione sugli enti *non profit* contempla, infatti, la fondazione tra le forme che questi enti possono assumere. Si veda peraltro la nota 16.

ranza di fondazioni costituite *inter vivos*, specie da parte di persone giuridiche o società.

La fondazione nasce dunque da un atto di autonomia privata. La relativa disposizione in testamento diviene efficace al momento dell'apertura della successione.

L'atto costitutivo *inter vivos* è atto unilaterale non recettizio; l'intervento di più persone non ne muta la natura di atto unilaterale. A esso sono applicabili le disposizioni codicistiche in tema di contratto, in quanto applicabili (art. 1324)²¹.

Questione dibattuta in dottrina e giurisprudenza attiene alla distinzione tra negozio di fondazione, che prevede la costituzione della fondazione stessa, e atto di dotazione patrimoniale, avente l'effetto immediato di dotare la fondazione dei mezzi necessari per il raggiungimento dello scopo²². Si riscontrano al riguardo due orientamenti. La dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono trattarsi di due negozi distinti²³, secondo una tesi collegati²⁴, anche quando contenuti nel medesimo documento, aventi il negozio di fondazione carattere personale e l'atto di dotazione, accessorio a esso, carattere patrimoniale e qualificato negozio di destinazione²⁵ o contratto di donazio-

²¹ Cass., Sez. Un., 24.2.1968, n. 654. Così per l'interpretazione del negozio sono applicabili le norme in tema di interpretazione del contratto (artt. 1362 sgg.); l'accertamento della volontà costituisce indagine di fatto affidata in via esclusiva al giudice di merito e sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione e violazione dei canoni legali di ermeneutica contrattuale (Cass., Sez. 1, 21.6.2000, n. 8435). La Suprema Corte ritiene si possa effettuare la sola interpretazione oggettiva (Cass., Sez. 2, 13.1.1976, n. 89).

²² Tale effetto immediato comporta la sottrazione dei beni a ogni altro potere dispositivo del fondatore. Il fondatore non può quindi più disporre dei beni se non con la revoca della fondazione nei limiti previsti dall'articolo 15 c. c. (Cass., Sez. 1, 15.4.1975, n. 1427).

²³ In questo senso F. Messineo, cit. a nota 2, p. 283; P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 801; Cass., Sez. 2, 18.10.1960, n. 2785. La sussistenza nel caso concreto dell'unità funzionale per il nesso teleologico con cui i due negozi sono stati concepiti, attuati e collegati spetta all'insindacabile giudizio del giudice di merito.

²⁴ G. Tamburrino, *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, collana diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980, p. 183, parla di collegamento funzionale bilaterale; C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 348; Cass., 4.7.1959, n. 2130.

²⁵ F. Ferrara, cit. a nota 8, pp. 240 sgg.

ne²⁶. Altro orientamento²⁷ ritiene che l'atto di dotazione, anche quando separato, costituisca parte integrante del negozio di fondazione, poiché privo di propria causa tipica; il negozio di fondazione, così configurato, ha quindi carattere patrimoniale.

La differenza delle due tesi assume rilevanza per le fondazioni disposte con testamento: accogliendo la prima tesi l'atto di dotazione verrebbe a coincidere con l'istituzione di erede o di legato a favore della fondazione creata con il negozio di fondazione²⁸ che è, secondo questa tesi, disposizione testamentaria non patrimoniale (art. 587, c. 2)²⁹. Un Autore (Galgano) esclude che possa trattarsi di previsione di erede o legato stante l'inapplicabilità delle norme successorie, quali la rinuncia all'eredità e la responsabilità per i debiti del *de cuius*³⁰. Peraltro, tra i sostenitori della distinzione tra i due negozi si nega trattarsi di istituzione di erede o legato, trattandosi invece di «un particolare tipo di attribuzione a titolo gratuito»³¹. È peraltro pacifica la natura gratuita dell'atto di dotazione, con la conseguente applicabilità dell'azione di riduzione, nel caso di lesione di legittima, e dell'azione revocatoria o dell'azione di separazione per gli atti compiuti in frode ai creditori.

La nullità del negozio di fondazione è regolata, per quanto concerne la tutela degli aventi diritto alla restituzione dei beni devoluti alla fondazione e dei creditori di questa, applicando analogicamente l'articolo 2332 c. c. in tema di nullità dell'atto costitutivo della società e, quindi, aprendo il procedimento di liquidazione.

L'invalidità del negozio, pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria³², produce essa stessa l'effetto suddetto, rimanendo il ricono-

²⁶ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 801; Cass., 26.11.1960, n. 3141.

²⁷ F. Galgano, voce «Fondazione c) Diritto civile», in *Enciclopedia giuridica dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana*, vol. XIV, 1989, p. 2.

²⁸ Cass., Sez. 2, 27.2.1997, n. 1806.

²⁹ Del tutto diverso è, nella successione testamentaria, il caso di istituzione di legato gravato dell'onere di destinare la somma legata all'erezione di una fondazione avente gli scopi indicati nel testamento: la fondazione è destinataria indiretta della liberalità che costituisce onere per il legatario (Cass., Sez. 2, 28.1.1983, n. 812; Cons. Stato, Sez. II, 11.1.1972, n. 1663).

³⁰ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 2.

³¹ M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, p. 258.

³² Si tratta infatti di controversia riguardante un atto di autonomia privata, che genera rapporti di diritto privato e posizioni di diritto soggettivo; ciò anche dopo che

scimento già concesso, e la conseguente eventuale revoca del medesimo, estranea alla fattispecie, rientrando nella sfera amministrativa³³. L'orientamento sopra riferito, che considera negozio di fondazione e atto di dotazione negozi distinti indissolubilmente legati, comporta che la nullità del primo produce la nullità del secondo e la nullità del secondo rende impossibile la realizzazione del primo³⁴.

Quale atto unilaterale, il negozio di fondazione *inter vivos* è revocabile, con la stessa forma dell'atto pubblico, fino a quando non è intervenuto il riconoscimento³⁵ o il fondatore non abbia fatto iniziare l'attività (art. 15, c. 1), ciò che costituirebbe una rinuncia tacita alla facoltà di revoca³⁶. Il negozio di fondazione contenuto in testamento, quale disposizione testamentaria, è sempre revocabile dal testatore; finché il testatore è in vita non può essere presentata istanza per il riconoscimento. La facoltà di revoca ha carattere personale e come tale non si trasmette agli eredi (art. 15, c. 2).

Il contenuto dell'atto costitutivo è stabilito dall'articolo 16, norma riferita anche allo statuto, ossia la parte normativa dell'atto costitutivo, frequente per gli enti di maggiore importanza e dimensione³⁷, consistente in un atto successivo complementare all'atto costitutivo³⁸ e di

sia intervenuto il riconoscimento (Cass., Sez. Un., 26.2.2004, n. 3892). Nello stesso senso precedentemente Cass., Sez. Un., 10.7.1984, n. 4024, che distingue il caso della domanda diretta a impugnare il riconoscimento o il diniego di riconoscimento, che rientra nella giurisdizione amministrativa (Cass., Sez. Un., 13.3.1972, n. 721; Sez. Un., 26.2.2004, n. 3892). La Suprema Corte (sent. n. 721/1972) ha sostenuto che l'invalidità o inefficacia delle disposizioni patrimoniali del negozio di fondazione, aventi effetto immediato, fa nascere a favore dei controinteressati, che possono vantare diritti soggettivi sul patrimonio spettante in apparenza all'ente, una posizione di interesse legittimo a richiedere al giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento di riconoscimento.

³³ Il Consiglio di Stato (Sez. IV, 16.5.1985, n. 189) ha ritenuto che l'atto di riconoscimento emanato in pendenza di giudizio sull'invalidità dell'atto di fondazione è illegittimo e deve essere annullato.

³⁴ Cons. Stato, 3.2.1996, n. 97.

³⁵ C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 341, esclude la facoltà di revoca anche dopo la presentazione da parte del fondatore dell'istanza per ottenere il riconoscimento.

³⁶ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 2; Trib. Roma, Sez. 1, 15.9.1987.

³⁷ Nella fondazione di diritto comune lo statuto, a differenza dell'atto costitutivo, non è atto necessario per l'esistenza della fondazione.

³⁸ Così G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 186. Contra, una tesi precedente (F. Messineo, cit. a nota 2, p. 80).

questo considerato parte integrante in analogia allo statuto della società per azioni (art. 2328 c. c.); lo statuto ha natura negoziale³⁹, al pari dell'atto costitutivo, ma a differenza di questo non necessariamente è adottato dal fondatore, potendo anche essere redatto in un momento successivo dagli organi della fondazione⁴⁰.

Questi atti, o uno dei due atti, in quanto complementari, devono contenere⁴¹: la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite (elementi necessari); possono inoltre contenere le norme relative all'estinzione e alla trasformazione dell'ente e alla devoluzione del patrimonio (elementi facoltativi).

La dottrina ritiene che tali elementi possano essere determinati o determinabili; la giurisprudenza ha specificato la necessità di determinazione dello scopo, da parte del fondatore e non demandabile a terzi, mentre altri elementi (nella specie inerenti al governo dell'ente) possono essere integrati dall'autorità amministrativa in sede di riconoscimento⁴²; l'indicazione dello scopo e la dotazione del patrimonio sono comunemente definite elementi costitutivi della fondazione.

Si avrà modo di trattare diffusamente questi due elementi e la loro mutata configurazione. Giova peraltro anticipare nel presente paragrafo, in quanto riferito all'atto costitutivo, il mutato rapporto, in esso, tra patrimonio e organizzazione, entrambi previsti nell'atto stesso, di cui Galgano sottolinea il «duplice contenuto», di «atto di disposizione patrimoniale» e di «atto di organizzazione... mediante il quale il fondatore predetermina la struttura organizzativa che dovrà provvede-

³⁹ G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 187; F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, p. 221.

⁴⁰ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 814 ritiene lo statuto sia negozio unilaterale: esso, a differenza dell'atto di fondazione, ha carattere recettizio, in quanto rivolto a terzi.

⁴¹ G. Tamburrino, cit. a nota 24, pp. 186-87; F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, p. 218; F. Ferrara, cit. a nota 8, p. 229; Cass. 13.4.1954, n. 1171. Contra, P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 802, ritiene che le medesime indicazioni debbano essere contenute nei due atti.

⁴² Cass., Sez. 2, 27.2.1997, n. 1806; Cons. Stato, Sez. II, 23.4.1958, n. 316 (relativa al patrimonio).

dere alla realizzazione dello scopo»⁴³. Da atti costitutivi e statuti si coglie oggi la preminenza dell'organizzazione, aspetto che contribuisce all'avvicinamento con l'istituto dell'associazione: ciò vale per le fondazioni cosiddette operative e anche per fondazioni di erogazione fortemente patrimonializzate, quali le fondazioni bancarie, nelle quali le decisioni degli organi assumono importanza anche in relazione alla consistenza patrimoniale. In questo senso il fondatore (specie quando si tratta di ente) mantiene, mediante la presenza negli organi, un controllo sulla vita della fondazione, venendo così meno il pieno distacco del patrimonio dal fondatore, che caratterizzava la fondazione tradizionale⁴⁴.

Si accenna qui di seguito ad alcuni degli elementi previsti dall'articolo 16, rinviando la trattazione di quelli che richiedono un maggiore approfondimento.

La denominazione dell'ente appare di fondamentale importanza, stante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche (che garantisce la conoscibilità da parte dei terzi) con la sola indicazione, nella prima parte del registro, della denominazione (art. 3, c. 2, d.p.r. n. 361/2000). Essa deve consentirne la funzione distintiva⁴⁵.

Si ricorda che alla fondazione, quale persona giuridica, spetta la tutela del diritto al nome (art. 7 c. c.), dettato per la persona fisica e applicabile analogicamente anche alla persona giuridica⁴⁶.

L'indicazione della sede risponde alle stesse esigenze di pubblicità: la sede, con altre indicazioni, è indicata nella seconda parte del registro. Vige l'equiparazione della sede legale alla sede effettiva (art.

⁴³ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 1.

⁴⁴ L'evoluzione della fondazione in rapporto alla maggiore importanza assunta dall'organizzazione è trattata in modo approfondito da D. Vittoria, «Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989, pp. 69 sgg.

⁴⁵ Si ricorre per analogia alle disposizioni in materia societaria (Cass., Sez. 1, 8.7.1974, n. 1988). G. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, pp. 223-24, ritiene a tal fine necessaria la «forza distintiva» e la «novità». Per l'intitolazione di fondazione al nome di una persona defunta occorre la preventiva autorizzazione degli eredi (Trib. Roma, 20.3.1985).

⁴⁶ Cass., Sez. 1, 8.7.1974, n. 1988; Sez. 1, 26.2.1981, n. 1185.

46, c. 2)⁴⁷. Non è invece contemplata, diversamente a quanto avviene per le società (artt. 2328 e 2330 c. c.), la previsione di sedi secondarie.

5. *Il riconoscimento*

Si è accennato che il secondo presupposto per la nascita della fondazione è il riconoscimento concesso dall'autorità amministrativa statale o regionale, a seconda dell'ambito di operatività della fondazione. Già si è avuto modo di menzionare come il negozio di fondazione e l'atto di riconoscimento appartengano a due diverse sfere – privatistica il primo, amministrativa il secondo – non essendovi quindi «collegamento» tra i due, né un medesimo procedimento che li comprenda. Dal negozio di fondazione discende, quale effetto privatistico, determinante il sorgere di diritto soggettivo, la destinazione di beni a una fondazione futura, prevista dal negozio ma che diviene soggetto di diritto a seguito del riconoscimento⁴⁸.

L'acquisto della personalità giuridica mediante il riconoscimento era già previsto all'articolo 12 del codice civile che, nel clima di sfavore verso i corpi intermedi del quale si è detto, prevedeva che il conferimento della personalità necessitasse di un atto concessorio dell'autorità amministrativa. Abrogato l'articolo 12 a opera del d.p.r. 10 febbraio 2000, n. 361, emanato in attuazione della legge 15 marzo 1997, n. 59, in tema di semplificazione amministrativa⁴⁹, si sono atte-

⁴⁷ In questo senso è la giurisprudenza unanime, riferita sia agli enti del libro primo che alle società: Cass., Sez. 3, 22.6.1963, n. 1671; Sez. 3, 18.4.1969, n. 1249; Sez. 3, 5.2.1978, n. 543; Sez. 3, 16.6.1984, n. 3604; Sez. L, 4.10.1988, n. 5359; Sez. 1, 14.1.1991, n. 293; Sez. 1, 22.2.1992, n. 2183; 28.7.2000, n. 9978; Sez. 1, 24.2.2004, n. 3620; Sez. L, 13.4.2004, n. 7037. La Corte di Cassazione intende per sede effettiva il luogo dove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente, ossia il luogo deputato o stabilmente utilizzato per l'accenramento dei rapporti interni o con i terzi, degli organi e degli uffici in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività dell'ente. In caso di divaricazione tra sede legale e sede effettiva non è sufficiente il decentramento di alcune attività in sede diversa da quella legale, rimanendo questa centro di imputazione delle attività dell'ente (Cass., Sez. L, 5.4.1985, n. 2341).

⁴⁸ In questo senso è la giurisprudenza: Cass., Sez. 3, 7.8.1967, n. 2096; Sez. 1, 15.4.1975, n. 1427; Cons. Stato, Sez. VI, 24.4.1987, n. 283.

nuati i connotati discrezionali, ma l'acquisto della personalità giuridica mediante il riconoscimento risulta confermato (art. 1, c. 1, d.p.r. n. 361/2000).

Su questa base la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza rilevano la natura costitutiva del riconoscimento⁴⁹, prima del quale la fondazione non è esistente quale persona giuridica; né a ciò osta il possibile inizio di attività della fondazione prima del riconoscimento (art. 15 c. c., che vale solo a fare venire meno la facoltà di revoca)⁵¹. Un orientamento minoritario ritiene che la fondazione in attesa di riconoscimento sia di fatto esistente, dotata di limitata soggettività⁵².

Il rapporto tra gli effetti dell'atto costitutivo e del riconoscimento è ben chiarito dalla giurisprudenza: l'atto costitutivo della fondazione è sottoposto alla condizione sospensiva del riconoscimento⁵³, che determina l'autonomia piena e la piena operatività della separazione dal patrimonio di provenienza⁵⁴. La destinazione dei beni all'ente nascente e quindi la sottrazione dei medesimi dal potere dispositivo del fondatore

⁴⁹ La semplificazione amministrativa (l. n. 59/1997) ha comportato la revisione anche dei procedimenti di iscrizione degli enti disciplinati dal libro quinto (d.p.r. 14.12.1999, n. 558 e l. 24.11.2000, n. 340). Riflessioni sui tre provvedimenti sono contenute in G. Marasà, «Osservazioni su controlli e pubblicità degli enti del libro I cod. civ. nel quadro attuale e nelle prospettive di riforma», relazione al convegno di Gardone, 5-6 ottobre 2001, «Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate», in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, pp. 235 sgg.

⁵⁰ F. Ferrara, cit. a nota 8, pp. 248 sgg.; C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 329; M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, pp. 193 sgg., G. Capozzi, «La riforma del riconoscimento delle persone giuridiche private», in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 785; F. Santoro Passarelli, cit. a nota 4, p. 40; G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 220. In giurisprudenza: App. Catanzaro, 3.3.1973; Pretore Ali Terme, 6.7.1981; T.A.R. Toscana, 27.3.1981, n. 150. La natura costitutiva del riconoscimento è criticata da Galgano, cit. a nota 4, sub art. 12, p. 184.

⁵¹ Gli atti compiuti prima del riconoscimento non possono essere imputati alla fondazione, ma a chi ha agito per conto di essa (Cass., Sez. 3, 7.8.1967, n. 2096; Sez. L, 15.7.1977, n. 3196). Essi possono essere fatti propri dalla fondazione dopo il riconoscimento, mediante ratifica (Cass. 27.2.1971, n. 495).

⁵² App. Milano, 15.5.1981; Trib. Milano 19.9.1968. Sul carattere eccezionale della «soggettività anticipata» App. Messina 16.4.1957.

⁵³ Trib. Roma, Sez. 1, 15.9.1987. In dottrina F. Galgano, cit. a nota 27, p. 2, qualifica il riconoscimento «elemento perfezionativo dell'atto di fondazione».

⁵⁴ Cass., Sez. 3, 7.8.1967, n. 2096.

sono, come già si è detto, effetto negoziale immediato dell'atto di dotazione e non già legate all'efficacia costitutiva del riconoscimento⁵⁵.

Effetto fondamentale del riconoscimento, conseguente al conferimento della personalità giuridica, è l'imputabilità alla fondazione degli atti compiuti in nome della stessa e quindi l'esonero di responsabilità di chi ha agito per conto della fondazione.

Vi sono poi esigenze di pubblicità: l'autonomia dei beni e il distacco dal patrimonio del fondatore, in quanto comportano la sottrazione alla garanzia dei creditori, necessitano di essere da questi conoscibili, come qualsiasi fattispecie di destinazione patrimoniale che, nel caso di fondazione, è soggetto di diritto.

Queste esigenze di pubblicità sono soddisfatte dal riconoscimento: la procedura prevista dal d.p.r. n. 361/2000 sintetizza la concessione della personalità giuridica e l'opponibilità ai terzi, prevedendo che il riconoscimento sia determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture (art. 1), ovvero nell'analogo registro istituito presso la regione, per le persone giuridiche private che operano nelle materie di competenza regionale e le cui finalità si esauriscono nell'ambito di una sola regione (art. 7). Si tratta dunque di pubblicità costitutiva, mentre nella disciplina previgente la pubblicità aveva funzione dichiarativa: in assenza di iscrizione la fondazione era persona giuridica, poiché ciò avveniva con la concessione del riconoscimento, ma quest'ultimo non era opponibile ai terzi.

Viceversa, non pare mutato, a seguito della modifica procedimentale, il carattere discrezionale⁵⁶. La discrezionalità risulta peraltro attenuata: l'articolo 1, commi 3 e 4, del d.p.r. n. 361/2000 dispone che è

⁵⁵ Cass., Sez. Un., 24.2.1968, n. 654; Sez. 1, 15.4.1975, n. 1427; F. Galgano, cit. a nota 6, p. 358.

⁵⁶ G. Cian e A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2005, art. 12, I, p. 12, ritengono si tratti di un potere di verifica delle condizioni di legittimità del riconoscimento, essendo però venuto meno il potere concessorio; convengono, peraltro, sul trattarsi di atto discrezionale. Nello stesso senso *Codice civile*, a cura di P. Rescigno, 4ª ed., Milano, 2001, art. 12, p. 42, ritiene trattarsi di atto amministrativo discrezionale, ancorché con minore discrezionalità. Contra F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 12, p. 159, sostiene che il d.p.r. n. 361/2000 realizza «il sistema del riconoscimento normativo e per registrazione» comportante, come per le società, un «controllo di mera legalità, esclusa ogni facoltà discrezionale della pubblica amministrazione»; merita peraltro sottolineare che l'Autore già anteriormente

necessario che siano state soddisfatte le condizioni previste da norme di legge o di regolamento per la costituzione dell'ente, che lo scopo sia possibile e lecito e che il patrimonio, la cui consistenza deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda, risulti adeguato alla realizzazione dello scopo. In questa discrezionalità, ancorché attenuata, risiede la differenza di disciplina tra enti del libro primo ed enti del libro quinto del codice civile, per i quali ultimi si parla di acquisto normativo, in quanto acquistano automaticamente la personalità giuridica e la registrazione nel registro delle imprese è preceduta da una verifica formale (artt. 2188 e 2330 c. c.).

La giurisprudenza, ancorché non recente, ha chiarito che la valutazione concerne l'utilità sociale del fine perseguito e l'adeguatezza del patrimonio alla realizzazione dello scopo⁵⁷. L'utilità sociale del fine non è menzionata dalla legge, che si limita a richiedere che lo scopo sia possibile e lecito; la dottrina successiva al d.p.r. n. 361/2000 non è concorde nel ritenere che il principio della personalità giuridica debba essere giustificato dall'utilità sociale del fine⁵⁸.

L'adeguatezza del patrimonio – come si dirà oltre – appare oggi interpretata in termini meno rigidi rispetto alla fondazione tradizionale, in connessione con la stessa evoluzione dell'istituto. Si verifica infatti, in particolare per le fondazioni costituite da enti, il riconoscimento di fondazioni dotate di patrimonio iniziale insufficiente, ovvero con previsione del semplice impegno dei fondatori di sovvenzionare periodicamente l'ente; ciò rientra nella valutazione discrezionale dell'autorità competente al riconoscimento.

Quale atto discrezionale il provvedimento deve essere motivato (ciò specie se negativo)⁵⁹. Il riconoscimento può essere implicito, quando l'autorità competente emani, su istanza, un provvedimento

al d.p.r. n. 361/2000 (ed. 1969, pp. 133 e 137) sosteneva il carattere normativo del riconoscimento, avendo perduto la «discrezionalità politica» del diritto anteriore.

⁵⁷ Cons. Stato, Sez. II, 23.4.1958, n. 316; Sez. II, 17.6.1959, n. 311; Sez. III, parere, 29.1.1969, n. 1541.

⁵⁸ Per l'opinione affermativa, C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 330; contra, G. Marasà, cit. a nota 49, p. 237; M. V. De Giorgi, «La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2001, p. 88.

⁵⁹ T.A.R. Toscana, Sez. 1, 6.6.1989, n. 404.

che presupponga la personalità dell'ente⁶⁰. Può essere revocato dall'autorità che vi ha provveduto per difetto, originario o sopravvenuto, dei presupposti⁶¹. La revoca comporta l'estinzione e la liquidazione dell'ente.

Il riconoscimento non può mutare il contenuto del negozio di fondazione, pena l'illegittimità del riconoscimento stesso, impugnabile avanti al giudice amministrativo⁶².

Il procedimento di riconoscimento, disciplinato dal d.p.r. n. 361/2000, inizia con la domanda di riconoscimento, sottoscritta dal fondatore ovvero da coloro ai quali è conferita la rappresentanza dell'ente, presentata alla prefettura nella cui provincia è stabilita la sede dell'ente. Alla domanda sono allegate copia autentica dell'atto costitutivo e dello statuto. La mancata richiesta di iscrizione è sanzionata ai sensi dell'articolo 35 c. c. Il Prefetto, verificata la sussistenza delle condizioni di cui si è detto, provvede all'iscrizione entro il termine di centoventi giorni dalla data di presentazione della domanda, attestata da ricevuta rilasciata dalla prefettura. Entro tale termine la prefettura dà altresì comunicazione ai richiedenti qualora ravvisi ragioni ostative all'iscrizione⁶³ ovvero la necessità di integrare la documentazione presentata. I richiedenti possono presentare, nei successivi trenta giorni, memorie e documenti. Se, nell'ulteriore termine di trenta giorni, il Prefetto non comunica ai richiedenti il motivato diniego o non provvede all'iscrizione, questa si intende negata. Per le fondazioni istituite con testamento il riconoscimento può essere concesso dal Prefetto d'ufficio, in caso di ingiustificata inerzia del soggetto abilitato alla presentazione della domanda. Si può dunque escludere il riconoscimento d'ufficio per le fondazioni costituite per

⁶⁰ App. Firenze, 19.2.1962.

⁶¹ Cons. Stato, parere, n. 2089/1959; T.A.R. Molise, 21.3.1989, n. 107; T.A.R. Veneto, Sez. I, 29.9.1990, n. 1013.

⁶² Sull'immutabilità dello scopo, in sede di riconoscimento, rispetto a quello voluto dal fondatore, Cons. Stato, Sez. I, 15.12.1993, n. 1854. Qualora sia prevista, quale condizione apposta all'atto costitutivo, la concordanza tra lo statuto predisposto dal fondatore e lo statuto approvato dal decreto di riconoscimento, nel caso tale concordanza non si verifichi il fondatore potrà richiedere al giudice amministrativo l'annullamento dell'atto di riconoscimento e al giudice ordinario la caducazione del negozio (Cass., Sez. Un., 29.2.1968, n. 654).

⁶³ La facoltà del Prefetto di rilevare ragioni ostative è stata criticata in dottrina per il carattere discrezionale: si veda G. Capozzi, cit. a nota 50, p. 787.

atto tra vivi: il riconoscimento prefettizio presuppone la domanda, dalla cui presentazione decorrono i termini sopra detti.

In casi determinati, stabiliti con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, sentito il Ministro dell'interno, il riconoscimento delle persone giuridiche che operano nelle materie di competenza del Ministero per i beni e le attività culturali è subordinato al parere di detta Amministrazione, da esprimersi nel termine di sessanta giorni dalla richiesta del Prefetto. In mancanza di parere, il Prefetto procede al riconoscimento nei termini sopra descritti.

Le stesse modalità e termini si applicano per le modificazioni dell'atto costitutivo e dello statuto (art. 2 d.p.r. n. 361/2000)⁶⁴.

L'importanza del riconoscimento è stata oggetto di considerazione da parte della dottrina, che ritiene che essa sia diminuita in corrispondenza all'evoluzione della fondazione e, più in generale, del settore *non profit*.

In realtà, già dalla previsione, nel codice civile, delle associazioni non riconosciute l'importanza del riconoscimento si è ridotta: essa non è più, come nel codice civile del 1865, necessaria per l'esistenza giuridica dell'ente, ma soltanto per il conferimento della personalità giuridica. Ciò risulta rafforzato con la previsione nella Costituzione della libertà di associazione (artt. 2 e 18).

Secondo la dottrina⁶⁵, interventi abrogativi di disposizioni codicistiche riferite ad associazioni e fondazioni (l'art. 17 e gli artt. 600 e 786 c. c.) hanno parificato, per gli aspetti che esse contemplavano, il regime degli enti riconosciuti e degli enti non riconosciuti; si riscontra la tendenza a estendere agli enti non riconosciuti la disciplina prevista per gli enti riconosciuti⁶⁶.

Né giova fare riferimento alla responsabilità patrimoniale in cui risiede l'essenza della personalità giuridica, secondo autorevole dottri-

⁶⁴ Le modificazioni di atto costitutivo e statuto sono dunque ammesse. Ciò era stato sostenuto dalla giurisprudenza anteriormente al d.p.r. n. 361/2000 (Cons. Stato 20.3.1996, n. 123, per le modifiche a contenuto organizzativo, che non pregiudichino i connotati voluti dal fondatore); contra F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, pp. 284 sgg.

⁶⁵ M. V. De Giorgi, cit. a nota 58, pp. 84-85.

⁶⁶ A. Fusaro, «La riforma del diritto delle associazioni», in *Giurisprudenza italiana*, 2000, p. 2427; M. Basile, cit. a nota 18, pp. 580-81.

na⁶⁷. A questo riguardo va osservato che il codice, con riferimento all'associazione non riconosciuta, prevede l'esenzione di responsabilità dei membri e la sola responsabilità solidale di chi ha agito in nome e per conto dell'associazione (art. 38). Recentemente la riforma del diritto societario ha introdotto nella società per azioni i patrimoni destinati (artt. da 2447-bis a 2447-decies) che prevedono una limitazione di responsabilità senza attribuzione di personalità giuridica. Risulterebbero dunque in discussione le tradizionali distinzioni di disciplina connesse a personalità giuridica e soggettività.

La legislazione speciale in materia di enti *non profit* – riconducibile alle «norme speciali derogatorie rispetto alla disciplina delle persone giuridiche di cui al libro primo, titolo II, del codice civile, alle relative disposizioni di attuazione ed alle norme del presente regolamento» che l'articolo 9, comma 3, del d.p.r. n. 361/2000 fa salve – stabilisce requisiti e prescrizioni che enti aventi finalità o svolgenti attività determinate devono seguire al fine di godere di privilegi, quali agevolazioni, specie fiscali, o contribuzioni o sovvenzioni del settore pubblico; non prevede, invece, la necessità di riconoscimento dell'ente né, talvolta, che l'ente debba rivestire una forma giuridica determinata, o corrispondente a una persona giuridica specifica⁶⁸. Anche nei casi in cui la legislazione speciale prevede un controllo ministeriale della sussistenza dei requisiti o una registrazione, facoltativa o obbligatoria, in specifici registri⁶⁹, questi, svuotati di discrezionalità, sono preordinati alla sola attribuzione delle incentivazioni previste dalla legge. Questa registrazione avviene su registri relativi agli enti del settore oggetto della disciplina specifica; da ciò consegue una molteplicità di registri.

La menzionata assenza di riconoscimento attributivo della personalità giuridica, che viene a determinarsi in un numero consistente di

⁶⁷ F. Galgano, cit. a nota 1, p. 401; M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, pp. 194-95.

⁶⁸ Può citarsi la legge 7.2.2000, n. 383, «Disciplina delle associazioni di promozione sociale», applicabile agli enti che svolgono un'attività di utilità sociale non rientrante in altra legislazione di settore, che si riferisce alle «associazioni riconosciute e non riconosciute», ai «movimenti» e ai «gruppi».

⁶⁹ Così per le organizzazioni di volontariato l'articolo 6 della legge n. 266/1991, per le ONLUS l'art. 11 del d.lgs. n. 460/1997, per le cooperative sociali l'articolo 9 della legge n. 281/1998, per le associazioni di promozione sociale l'articolo 7 della legge n. 383/2000.

enti appartenenti al terzo settore, comporta la minore importanza che il riconoscimento assumerebbe nella mutata realtà⁷⁰. Peraltro, occorre ricordare che il riconoscimento, oltre a essere presupposto per l'attribuzione della personalità giuridica, e quindi della limitazione della responsabilità, ha anche effetto di pubblicità e quindi di conoscibilità ai terzi.

Alla materia del riconoscimento è collegata l'ammissibilità nel nostro ordinamento della fondazione non riconosciuta⁷¹. La dottrina maggioritaria⁷² propende per la tesi negativa, argomentando anche da pronunce giurisprudenziali⁷³; contrariamente Galgano⁷⁴ ne sostiene l'ammissibilità, anch'essa sostenuta in giurisprudenza⁷⁵.

A questa figura sono stati ricondotti la devoluzione dei beni con destinazione particolare (art. 32), i comitati (art. 41), la fondazione fiduciaria. Si tratta di ipotesi di apposizione di un vincolo reale alla destinazione dei beni. Le prime due figure possono essere ricondotte a ipotesi di separazione patrimoniale, senza creazione di un soggetto giuridico.

Analogamente non si ravviserebbe la creazione di un soggetto giuridico nella fondazione fiduciaria (trasferimento dei beni, con un vincolo reale di destinazione allo scopo), che differisce dalle ipotesi appena menzionate per la non limitatezza temporale⁷⁶. La dottrina prevalente nega l'ammissibilità della fondazione fiduciaria, sulla base di diverse motivazioni. Ferrara esclude che vincoli reali di destinazione possano essere liberamente costituiti dall'autonomia privata, sulla ba-

⁷⁰ M. V. De Giorgi, cit. a nota 58, pp. 83 sgg.

⁷¹ Merita menzionare che in dottrina è stato osservato lo scarso ricorso, nella prassi, alla fondazione non riconosciuta (G. Ponzanelli, «La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1979, pp. 51 sgg.).

⁷² M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, pp. 260-62; C. M. Bianca, cit. a nota 8, pp. 355-57.

⁷³ Cass. Sez. 1, 24.8.1979, n. 4681; App. Trento, 27.5.1974; App. Trieste, 30.4.1975; Trib. Napoli, 26.6.1998; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 25.3.1996, n. 143.

⁷⁴ F. Galgano, «Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta», in *Rivista di diritto civile*, II, 1963, pp. 172 sgg.; Idem, cit. a nota 27, p. 8. Alla tesi di Galgano aderisce R. Costi, «Fondazione e impresa», in *Rivista di diritto civile*, I, 1968, pp. 29 sgg., che ritiene caso di fondazione non riconosciuta il comitato.

⁷⁵ Cass., Sez. 2, 18.10.1960, n. 2785; Sez. 1, 12.6.1986, n. 3898.

⁷⁶ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 805.

se del principio del *numerus clausus* delle situazioni reali⁷⁷; secondo Bianca il vincolo può essere inquadrato nell'onere testamentario (art. 647 c. c.)⁷⁸, che, apposto al negozio, rende rilevante il motivo⁷⁹; secondo Rescigno l'assenza di restrizioni temporali che caratterizza l'istituto sarebbe in contraddizione con i limiti posti agli atti di ultima volontà, quali la sostituzione fedecommissaria (art. 692 c. c.) e l'usufrutto successivo (art. 648 c. c.)⁸⁰. Diversamente Galgano ammette la figura e ritiene che una fattispecie sia rappresentata dal comitato, più precisamente dall'organismo creato dal comitato promotore per raggiungere lo scopo annunciato nel programma reso noto ai sottoscrittori; l'Autore distingue infatti nel comitato due organismi: uno impegnato a promuovere la sottoscrizione, riconducibile a un'associazione di promotori; l'altro organizzato per l'erogazione del patrimonio raccolto, riconducibile a un'associazione non riconosciuta⁸¹.

⁷⁷ F. Ferrara sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915, p. 662.

⁷⁸ C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 356. La Suprema Corte (Sez. 2, 18.10.1960, n. 2785) ha ritenuto ipotesi di fondazione fiduciaria il caso di attribuzione testamentaria del patrimonio all'erede, con l'onere di impegnarlo o di destinarne le rendite a finalità determinata; risultato analogo si otterrebbe con la promozione, nel testamento, di una fondazione futura la cui costituzione è demandata all'erede. Quest'ultima ipotesi determina il sorgere di un nuovo soggetto giuridico, a differenza della prima, la fondazione fiduciaria, appunto, in cui non si ha costituzione di persona giuridica, bensì permanenza del patrimonio nella disponibilità dell'erede, pur con l'onere relativo al suo impiego e alla destinazione delle sue rendite.

⁷⁹ F. Santoro Passarelli, cit. a nota 4, pp. 179 e 195.

⁸⁰ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 805.

⁸¹ F. Galgano, «Per una ipotesi sulla natura giuridica dei comitati», in *Jus*, 1958, pp. 69 sgg., Idem, cit. a nota 74, pp. 172 sgg. Nel senso della qualificazione del comitato come fondazione non riconosciuta è Costi, cit. a nota 74, p. 32, che, diversamente da Galgano, non lo ritiene peraltro inquadrabile nella fondazione fiduciaria. La giurisprudenza ha ritenuto che il comitato, ancorché privo di personalità giuridica, ha titolarità piena e diretta dei rapporti patrimoniali e quindi risponde delle obbligazioni assunte dai suoi rappresentanti (Cass., Sez. 1, 23.6.1994, n. 6032; Sez. 3, 29.11.1999, n. 1333; Sez. 1, 16.6.2000, n. 8239 – riferita agli enti non riconosciuti, argomenta dall'art. 2 Cost. –; Sez. 3, 8.5.2003, n. 6985). Per il caso di evoluzione del comitato (non riconosciuto) in una persona giuridica, quale può essere una fondazione, i rapporti giuridici posti in essere dal comitato vengono acquisiti dall'ente dotato di personalità giuridica (Cass., Sez. 1, 12.11.1977, n. 4902; Sez. 1, 12.6.1986, n. 3898; Sez. 3, 8.5.2003, n. 6985; App. Firenze. 19.6.1980; App. Roma, 22.3.1983).

Pertanto il trasferimento di beni consistente nella cosiddetta fondazione fiduciaria potrebbe apparire assimilabile al *trust*, istituto ammesso nel nostro ordinamento a seguito della Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata in Italia con legge 9 ottobre 1989, n. 364. Contro l'inquadramento della fondazione fiduciaria nel *trust* e la sua ammissibilità nel nostro ordinamento potrebbe addursi la non pacifica ammissibilità dei *trust* interni⁸², l'altrettanto discussa efficacia reale del *trust*⁸³. Se assimilabile al *trust*, lo schema della fondazione fiduciaria non può essere ipotesi di fondazione non riconosciuta: il *trust* determina un patrimonio «segregato» («*segregated fund*»), non il sorgere di un soggetto giuridico.

6. Il patrimonio

Si è già accennato che elementi costitutivi della fondazione sono lo scopo e il patrimonio. Lo scopo è la causa giustificativa della fondazione, costituita per il suo perseguimento; il patrimonio è il mezzo per il raggiungimento dello scopo. Da qui lo stretto legame, «l'intreccio»⁸⁴ tra scopo e patrimonio, da cui la necessità di adeguatezza del patrimonio al raggiungimento dello scopo, diversamente valutata nell'evoluzione dell'istituto.

La configurazione del patrimonio quale elemento essenziale della

⁸² Il problema principale in tema di ammissibilità dei *trust* interni riguarda la legge applicabile non essendo l'istituto disciplinato dal nostro ordinamento. In dottrina, tra gli Autori favorevoli, si citano: S. Bartoli, A. Busato, M. Lupoi; tra gli Autori sfavorevoli: L. Lenzi, M. C. Malaguti, P. Schlesinger. La giurisprudenza di merito propende quasi unanimemente per l'ammissibilità del *trust* interno; non vi sono, nella materia, pronunce di legittimità. Parimenti, le Conservatorie dei Registri Immobiliari hanno acconsentito alla trascrizione di *trust*; altrettanto dicasi per l'Agenzia delle Entrate.

⁸³ È discussa in dottrina l'efficacia reale o obbligatoria del *trust*. Secondo lo schema del *trust*, questo attribuisce al *beneficiary* una posizione giuridica (*equitable estate* o *equitable interest* o *equitable ownership*) opponibile ai terzi. S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, osserva che il *beneficiary* può proporre azione non soltanto nei confronti del *trustee*, ma anche nei confronti dei terzi.

⁸⁴ L'espressione è di A. Fusaro, voce «Fondazione», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. VIII, 1992, p. 363.

fondazione discende dall'articolo 16 del codice e dal già citato articolo 1, commi 3 e 4, del d.p.r. n. 361/2000.

Il conferimento del patrimonio è, come si è detto al paragrafo 4, effetto immediato del negozio di dotazione: dalla rilevanza dell'elemento patrimoniale si è ricavata la qualificazione della fondazione come *universitas bonorum* e la nozione della fondazione come destinazione di beni a uno scopo, quasi nel volere identificare la fondazione con il patrimonio. È peraltro agevole ricordare il non trattarsi di mera destinazione patrimoniale, bensì di creazione di persona giuridica, che diviene tale mediante il riconoscimento: in questo quadro il patrimonio è «un mezzo di cui si avvale la fondazione e che appartiene a quest'ultima»⁸⁵.

In sede di riconoscimento assume rilievo la consistenza del patrimonio (che «deve essere dimostrata da idonea documentazione allegata alla domanda» – art. 1, comma 4, d.p.r. n. 361/2000), sia per l'adeguatezza al perseguimento del fine, sia per l'adeguatezza a soddisfare le ragioni dei creditori, data l'autonomia patrimoniale della persona giuridica⁸⁶: tali necessità di adeguatezza, quantitativa e qualitativa, sono state diversamente intese, stante la discrezionalità del riconoscimento, nell'evoluzione dell'istituto della fondazione, come si è accennato al paragrafo 5.

Al riguardo si osserva la diversa disciplina rispetto alle società di capitali: le disposizioni relative al patrimonio della fondazione risultano meno puntuali di quelle riferite alle società di capitali. Mentre per queste l'indicazione del patrimonio nello statuto specifica l'indicazione dell'«ammontare del capitale sottoscritto e di quello versato» (art. 2328, c. 2, n. 4)), non è richiesta, per il patrimonio della fondazione, una garanzia di corretta valutazione dei conferimenti in natura, come previsto per le società dall'articolo 2343 c. c. Alla minore puntualità delle norme relative alla fondazione si aggiunge la valutazione discrezionale dell'autorità competente al riconoscimento, in contrapposizione al riconoscimento normativo delle società⁸⁷. La diversità di

⁸⁵ C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 349.

⁸⁶ F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, p. 247; Cons. Stato, Sez. II, 25.8.1993, n. 847 e 7.6.1995, n. 1342.

⁸⁷ L'osservazione è di D. Vittoria, «Le fondazioni culturali ed il consiglio di ammi-

disciplina assume particolare rilievo nell'attuale configurazione dell'attività delle fondazioni, spesso consistente anche in attività economica o imprenditoriale.

Relativamente al patrimonio della fondazione, la costante giurisprudenza amministrativa ritiene che esso debba essere adeguato allo scopo della fondazione e sufficiente per la realizzazione del medesimo, valutata al momento del riconoscimento⁸⁸, essendo insufficiente la previsione di fonti esterne di entrate future ed eventuali⁸⁹, e ritenendo che i fini della fondazione di cui si richiede il riconoscimento vadano ridimensionati se le rendite di cui la fondazione dispone sono sproporzionate rispetto agli scopi statutari⁹⁰. Del resto, l'articolo 28, comma 1, del codice prevede che la fondazione il cui patrimonio sia divenuto insufficiente possa essere estinta o trasformata. È stato inoltre osservato in dottrina che il patrimonio costituito da contribuzioni periodiche non rappresenta sufficiente garanzia per i creditori⁹¹.

La dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno mostrato un diverso orientamento: è stato precisato che l'adeguatezza del patrimonio non è elemento inerente al concetto di fondazione, bensì requisito cui è subordinata la concessione della personalità giuridica⁹².

nistrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale», in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1975, p. 318. L'Autrice esprime critiche sul controllo riferito alle società, limitato alla verifica della sussistenza del capitale minimo previsto dalla legge ed esclusa una valutazione di congruità rispetto all'oggetto sociale (p. 319, con indicazioni in nota di altra dottrina conforme).

⁸⁸ Cons. Stato, Sez. II, 23.4.1958, n. 316; Sez. I, 7.12.1993, n. 1628.

⁸⁹ Cons. Stato, 17.12.1957; 27.10.1959; Sez. I, 6.7.1960, n. 274; 3.7.1961, n. 392; Sez. III, 29.1.1969, n. 1541; Sez. II, 6.5.1969; 31.7.1970, n. 421; Sez. III, 25.11.1980, n. 569; Sez. II, 30.1.1991, n. 23, relative a fondazioni con patrimonio consistente in contributi di enti pubblici. Cons. Stato, Sez. I, 3.4.1956, n. 616, ha ritenuto che il patrimonio, quale elemento essenziale della persona giuridica, va tenuto distinto dalle entrate, destinato a far parte delle esigenze di funzionamento dell'ente.

⁹⁰ Cons. Stato, Sez. I, 23.1.1991, n. 101.

⁹¹ Così D. Vittoria, cit. a nota 87, p. 320, che cita Cons. Stato, 10.7.1970, n. 473, che per fattispecie relativa a società creditrice di consorzio tra comuni ha ammesso la surrogazione della società al consorzio, in situazione di impotenza patrimoniale verso i membri del medesimo.

⁹² F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, p. 244. In giurisprudenza la tesi si desume

La prassi più recente, come già si accennato al paragrafo 5, ha riconosciuto fondazioni costituite con patrimonio iniziale insufficiente, ovvero con semplice impegno dei fondatori a sovvenzionare periodicamente l'ente; ciò avviene più frequentemente per le fondazioni costituite da enti. In particolare, la dottrina riferita alla fondazione costituita da enti pubblici giunge a ritenere ammissibili l'assenza di un patrimonio iniziale e la previsione, nello statuto, di entrate derivanti da fonti di finanziamento sufficientemente certe⁹³. In realtà, il ricorso all'istituto della fondazione da parte dello Stato si è verificato proprio in presenza di patrimonio insufficiente con previsione di contributi pubblici periodici e al fine di attrarre finanziamenti privati. Questo aspetto sarà trattato al capitolo secondo.

La conseguenza più vistosa è il venire meno di una delle caratteristiche della fondazione, il distacco dal fondatore: il patrimonio è strumento per il raggiungimento dello scopo attuato mediante l'organizzazione, divenuto oggi elemento di particolare importanza, con conseguente attenuarsi della distinzione tra fondazione e associazione⁹⁴.

7. Lo scopo

L'altro elemento essenziale della fondazione – lo scopo, ossia la causa giustificativa in ragione della quale l'ente è costituito e riconosciuto, – è stabilito dal fondatore nell'atto costitutivo⁹⁵, rientra nel-

dalle pronunce che riconoscono soggettività giuridica agli enti non riconosciuti, citate dalla nota 81.

⁹³ A. Bardusco, voce «Fondazione di diritto pubblico», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, 1991, p. 391.

⁹⁴ D. Vittoria, cit. a nota 87, p. 320, osserva che la svalutazione dell'elemento patrimoniale combinata con la maggiore importanza dell'elemento personale può portare ad avvicinare la fondazione a un patrimonio separato dei fondatori eretto a persona giuridica, non diversamente da quanto avviene nell'*Anstalt* (in tema di ammissibilità dell'*Anstalt* nell'ordinamento italiano Cass., Sez. 3, 15.2.1993, n. 1853; Sez. 2, 16.11.2000, n. 14870; App. Milano, 25.2.1981; Trib. Roma, 16.12.1966).

⁹⁵ La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che lo scopo della fondazione è quello risultante dallo statuto, non quello di fatto perseguito in difformità della norma statutaria (Cons. Stato, Sez. I, parere, 9.2.1960, n. 1263).

l'autonomia privata e non può essere modificato finché l'ente permanente, né dall'autorità pubblica.

L'essenza dell'istituto della fondazione risiede proprio nel vincolo perpetuo della destinazione dei beni allo scopo, che, secondo la giurisprudenza, non può essere generico⁹⁶; in questo senso nella fondazione lo scopo assume importanza primaria, mentre il patrimonio può essere considerato il mezzo per il suo raggiungimento. L'immodificabilità dello scopo verrebbe a costituire vincolo, e quindi garanzia, anche per gli amministratori.

Occorre peraltro considerare l'esigenza di adattabilità dello scopo a esigenze connesse con l'evoluzione sociale, specie nei settori sociali e culturali in cui oggi spesso operano le fondazioni. Questo aspetto deve essere coordinato con uno degli aspetti salienti dell'evoluzione dell'istituto: la rilevanza assunta dagli organi. I fondatori, che sono oggi spesso non una persona singola bensì una pluralità di persone, non rimangono estranei alla vita dell'ente, esauendo la loro partecipazione all'atto del conferimento, bensì partecipano, con la presenza negli organi, alla gestione dell'ente, potendo quindi formulare proposte e controllare la destinazione delle risorse.

Relativamente allo scopo l'articolo 1, comma 3, del d.p.r. n. 361/2000 si limita a richiederne (per il riconoscimento della fondazione) il carattere possibile e lecito, ossia di possibile realizzazione e non contrastante con norme imperative, ordine pubblico e buon costume⁹⁷. La possibilità dello scopo è, del resto, desumibile dagli articoli 27, comma 1, e 28, comma 1, del codice, che, in considerazione dell'essere lo scopo elemento essenziale della fondazione, prevedono, rispettivamente, l'estinzione e la trasformazione delle fondazioni quando lo scopo è stato raggiunto o è divenuto impossibile, aggiun-

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. II, 27.7.1979, n. 1228.

⁹⁷ A. A. Carrabba, «Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3. D.P.R. 10 febbraio 2000, N. 361)», in *Rivista del notariato*, I, 2001, p. 784, ha osservato che la liceità non debba essere intesa come «limite di ordine negativo», bensì che in sede di riconoscimento occorra «effettuare una valutazione dei soggetti agenti sulla base dei valori tutelati dall'ordinamento, a partire da quelli costituzionali»; la «verifica, in relazione alle attività che l'ente assumerà, soprattutto se economiche... dovrà essere effettuata in aderenza ai valori dell'utilità sociale, della libertà, della sicurezza e dignità umana».

gendo, l'articolo 28, comma 1, la trasformazione quando lo scopo è divenuto di scarsa utilità (ciò che comporta dunque la valutazione sull'utilità dello scopo, che il d.p.r. n. 361/2000 pare escludere)⁹⁸.

Peraltro, la giurisprudenza e la dottrina tradizionali ritengono doverosi trattare di scopo di pubblica utilità, che solo può giustificare l'assoggettamento di un patrimonio a un vincolo perpetuo, contrastando con i principi della libera circolazione dei beni e del libero sfruttamento delle risorse economiche⁹⁹.

È presente un diverso orientamento, secondo il quale lo scopo non deve essere necessariamente di pubblica utilità, potendo anche trattarsi di utilità privata, in assenza di norma che vieti espressamente ai membri della fondazione di ricercare un interesse privato¹⁰⁰ o in relazione all'evoluzione dell'istituto della fondazione¹⁰¹, con sempre maggiore ricorrenza di scopi imprenditoriali, nonché in relazione all'articolo 2 della Costituzione che tutela le formazioni sociali¹⁰².

⁹⁸ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 806, ritiene che la scarsa utilità «dev'essere valutata alla stregua di criteri di apprezzamento sociale», ciò che è possibile quando la fondazione persegua scopi di utilità generale e non particolari, come si desume dall'esclusione della trasformazione in caso di fondazioni familiari, prevista all'articolo 28, comma 3, che l'Autore ritiene applicarsi a tutte le fondazioni caratterizzate dalla particolarità degli interessi realizzati.

⁹⁹ M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, p. 262; F. Galgano, cit. a nota 6, p. 373; C. M. Bianca, cit. a nota 8, pp. 314 sgg.: soltanto uno scopo di pubblica utilità può giustificare il limite che la figura della fondazione pone all'autonomia privata con riferimento all'immodificabilità del vincolo di destinazione. Nello stesso senso è la giurisprudenza (Cass. 10.7.1979, n. 3969, nel caso di fondazione costituita per testamento ha ritenuto la necessità di scopo di pubblica utilità e quindi escluso potersi parlare di fondazione in presenza di mera attribuzione dei frutti del proprio patrimonio agli eredi *in perpetuo*).

¹⁰⁰ In questo senso, F. Ferrara, cit. a nota 8, p. 235; R. Costi, cit. a nota 74, p. 13; P. Rescigno, cit. a nota 5, pp. 811 sgg.

¹⁰¹ A. Zoppini, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995, in part. pp. 13 sgg. e 54 sgg.; G. Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2ª ed., Torino, 2000, p. 76. A. Zoppini, *ivi*, pp. 141 sgg., argomenta da legislazione speciale che prevede il ricorso alla fondazione per uno scopo non coincidente con l'interesse della generalità. Si può osservare che questi scopi, ancorché non coincidenti con la generalità, sono comunque di rilevante utilità sociale.

¹⁰² G. Guarino, «Le fondazioni. Alcune considerazioni generali», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989, p. 1, osserva che la tutela delle formazioni sociali di cui all'articolo 2 della Costituzione non è in conside-

L'analisi dell'evoluzione dell'istituto ha condotto a osservare, con efficace sintesi delle tesi sopradescritte, che la fondazione è «lo strumento elettivo dell'ordinamento per il perseguimento di finalità pubbliche in una con scopi privati, collettivi, meta-individuali o meramente egoistici» e ha una «funzione socialmente rilevante» anche quando, svolgendo attività imprenditoriale, persegue lo scopo ideale in modo mediato¹⁰³.

Il necessario carattere di pubblica utilità, o di utilità sociale, dello scopo della fondazione e quindi i suoi fini rivolti necessariamente alla collettività conduce alla tematica dell'ammissibilità delle fondazioni familiari, che sarà trattata al paragrafo 8. A queste fondazioni fa espresso riferimento l'articolo 28, comma 3, del codice: la norma potrebbe essere intesa nel senso di ammettere nell'ordinamento fondazioni che perseguono fini sì collettivi ma non generali, bensì particolari¹⁰⁴, delle quali la fondazione familiare può essere considerata il paradigma. Manca peraltro nell'ordinamento qualsiasi riferimento a qualsivoglia criterio per distinguere tra interessi generali e particolari; d'altra parte la diversità di disciplina si limita all'enunciato dell'articolo 28, comma 3.

Altrettanto, lo scopo di pubblica utilità porterebbe a escludere il perseguimento di un mero vantaggio economico di determinati soggetti o, ancor più, del fondatore (ciò che avviene nelle fondazioni d'impresa), essendo la fondazione, per la sua stessa essenza, un ente con scopo ideale, volto a soddisfare bisogni dei beneficiari. Di qui il carattere altruistico e non lucrativo dello scopo della fondazione, sostenuto da dottrina e giurisprudenza tradizionali ma sul quale sussistono posizioni diverse, anche nell'uso della terminologia (alcuni Autori parlano di scopi altruistici, in contrapposizione allo scopo egoistico della società, altri di scopi ideali o non economici).

Un diverso orientamento, espresso dalla dottrina che ha approfondito il rapporto tra fondazione e impresa (Costi), esclude che la fon-

razione della pubblica utilità bensì ambito nel quale si svolge la personalità dell'uomo.

¹⁰³ P. Manes, «Le nuove prospettive in materia di fondazioni», in *Contratto e impresa*, 2004, p. 265.

¹⁰⁴ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 811.

dazione debba perseguire scopo altruistico. L'alterità tra fondazione e beneficiari, quale caratteristica strutturale della fondazione che la distingue dalle associazioni e a cui è riconducibile l'impianto codicistico che assimila la fondazione alla donazione al pari della quale ha la stessa forma pubblica, non vincola l'interprete specie in assenza di una norma che escluda che i fondatori riservino a se stessi il diritto ai vantaggi realizzati dalla fondazione. Conformemente a questa impostazione l'Autore giunge così ad ammettere una fondazione con devoluzione delle rendite e restituzione del patrimonio al fondatore, che ben potrebbe rientrare nella fondazione tipica delineata dal codice¹⁰⁵.

Il carattere non lucrativo dello scopo, criterio distintivo tra fondazioni e associazioni da un lato e società dall'altro, tra enti del libro primo e del libro quinto del codice civile, non pare rigidamente interpretato nella collocazione codicistica, nel cui libro quinto si rinvencono società mutualistiche, imprese cooperative e mutue assicuratrici, le società consortili non caratterizzate dallo scopo di lucro e infatti inquadrare dalla dottrina tra le associazioni in senso stretto¹⁰⁶. Per contro, l'evoluzione della fondazione e, più in generale, l'aumento del settore *non profit* hanno portato all'esercizio di attività economica o imprenditoriale da parte di tali enti, senza impedire ai medesimi di trarre utili da tali attività.

L'assenza di scopo di lucro si risolve nel divieto di distribuzione degli utili, che devono essere destinati al perseguimento delle attività della fondazione¹⁰⁷. Dunque la non lucratività non connota lo scopo, bensì l'interesse del fondatore, così come nella società lo scopo di appropriarsi dell'utile è dei soggetti che pongono in essere la società (art. 2247: «allo scopo di dividere gli utili») e non della società stessa, per la quale l'utile rappresenta il risultato economico dell'attività¹⁰⁸.

¹⁰⁵ R. Costi, cit. a nota 74, pp. 12-13.

¹⁰⁶ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 792; G. Marasà, *Le «società senza scopo di lucro»*, Milano, 1984, pp. 73 sgg., esclude peraltro si possa desumere la generale utilizzabilità della forma societaria per finalità altruistiche.

¹⁰⁷ G. Ponzanelli, voce «Enti senza scopo di lucro», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. VII, 1991 p. 469, osserva che «il tratto distintivo, più sicuro e certo... risiede nella obbligatoria non distribuzione di alcun utile».

¹⁰⁸ A. Falzea, «Brevi note sui caratteri differenziali tra società ed associazione», *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione - Sezioni civili*, III, 1947, pp. 992 sgg.; M. Basile, cit. a nota 18, p. 570.

È pacificamente ritenuto che la distinzione tra ente *non profit* ed ente *profit* non risieda nell'attività esercitata, ben potendo gli enti *non profit* svolgere attività economica: dunque la distinzione non coincide con quella tra enti economici ed enti non economici. La distinzione si assottiglia poi in presenza di un «tramonto» dello scopo di lucro delle società di capitali¹⁰⁹. Importa comunque ribadire che gli enti *non profit* – e quindi le fondazioni – ben possono realizzare profitti, purché nel rispetto del divieto di ripartizione degli utili («*non distribution constraint*»)¹¹⁰.

La tematica dello scopo non lucrativo ha stretta attinenza con l'esercizio, da parte della fondazione, di attività economica o attività d'impresa, che si tratterà oltre e alla quale conviene premettere alcuni cenni sulla distinzione tra scopo e attività.

Manca invero, nella disciplina codicistica della fondazione di diritto comune e nel d.p.r. n. 361/2000, un riferimento normativo all'attività, od oggetto¹¹¹, diversamente da quanto avviene per le società, la cui nozione espressamente distingue tra attività e scopo («un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili» (art. 2247), dovendo poi l'atto costitutivo indicare «l'attività che costituisce l'oggetto sociale» (art. 2328, c. 2, n. 3)). La distinzione tra scopo e attività può comunque essere operata anche per le fondazioni, dovendo solo lo scopo essere indicato nell'atto costitutivo e potendo essere, invece, l'attività contemplata o meno nell'atto costitutivo o, meglio, nello statuto, in modo più o meno esaustivo o tassativo e, conseguentemente, essere semplicemente attuata o liberamente intrapresa dagli organi.

¹⁰⁹ G. Santini, «Il tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1973, p. 151.

¹¹⁰ La dottrina dà un'interpretazione ampia della distribuzione degli utili, ritenendo si possa trattare di distribuzione periodica o finale ed estendendolo al caso di percezione di lauti compensi da parte degli amministratori (in questo senso P. Gallo, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Torino, 2000, p. 138, che ritiene che in quest'ultimo caso l'«ente *non profit* maschera in realtà un ente con finalità di lucro»); G. Baralis, cit. a nota 15, p. 1101.

¹¹¹ Conseguentemente, è estranea al diritto civile qualsivoglia tipizzazione e classificazione delle fondazioni per settori di attività; può anzi osservarsi come disposizioni applicabili a fondazioni operanti in campi determinati non indicano il settore di attività, bensì i requisiti che la fondazione deve possedere. Ciò può dirsi, ad esempio, per la normativa riferita alle fondazioni culturali (l. n. 534/1996).

Fermo restando lo scopo non lucrativo degli enti del libro primo, in contrapposizione agli enti con scopo lucrativo disciplinati dal libro quinto, la distinzione tra scopo e attività assume rilievo, in materia tributaria, dovendosi guardare all'oggetto dell'attività svolta dall'ente, per l'applicazione della disciplina prevista per gli enti che svolgono attività commerciali (artt. 73 sgg. d.lgs. n. 344/2003, «Testo unico delle imposte sui redditi»). Nella disciplina tributaria lo scopo, ritenuto dal legislatore meritevole, viene considerato per l'applicazione di agevolazioni, da ciò esulando il carattere commerciale o non commerciale dell'attività svolta¹¹².

Per contro, la legislazione relativa a singoli settori *non profit*, in particolare nell'attribuire agli enti agevolazioni, specie fiscali, o contribuzioni del settore pubblico, come si è già detto, considera l'attività svolta dall'ente, non richiedendo la riconduzione a una specifica forma giuridica. Si è così affermato il fenomeno della «neutralizzazione delle forme giuridiche»¹¹³: enti senza lucro soggettivo che possono esercitare attività economiche, fermo restando il divieto di distribuzione degli utili, vengono talvolta preferiti alla società per il trattamento fiscale agevolato.

La scarsità della disciplina codicistica ha consentito, specie nell'ultimo ventennio, il ricorso alla figura della fondazione per fini anche diversi da quelli che la caratterizzavano. Originariamente costituite per fini caritatevoli, le fondazioni hanno poi avuto sviluppo nei più diversi settori del mecenatismo; si rinvencono fondazioni con finalità generali e, in misura maggiore, fondazioni operanti in singoli settori dell'attività umana con scopi specializzati; sempre più le fondazioni svolgono attività economica o d'impresa. Lo stesso legislatore ha contribuito all'aumento e insieme alla differenziazione dalla fondazione tradizionale: sia con la previsione di agevolazioni, sia con la costituzione con legge di fondazioni, utilizzando l'istituto per la sua duttilità e anche per la caratterizzazione del medesimo con finalità pubbliche,

¹¹² Si veda in proposito F. Gallo, «Fondazioni e fisco», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, pp. 151-91.

¹¹³ P. Manes, cit. a nota 103, p. 267.

come prima si è detto, che peraltro, come anche si è menzionato, si ritiene possano essere combinate con finalità private.

Altro aspetto dell'evoluzione delle fondazioni rispetto al modello civilistico di destinazione di beni a uno scopo può essere rinvenuto nell'attuale maggioranza di fondazioni operative rispetto alle fondazioni di erogazione^{114, 115}, seppure mitigata dalla presenza delle fondazioni bancarie, fondazioni di erogazione fortemente patrimonializzate che svolgono un considerevole ruolo nel mondo economico¹¹⁶.

Nelle fondazioni operative assume prevalenza l'organizzazione, ciò che, come si è più volte detto, avvicina la fondazione all'associazione; per contro, il patrimonio è spesso insufficiente e deve essere integrato da entrate quali quelle provenienti da attività commerciale strumentale e da attività di *fund raising*, oggi imprescindibile per fondazioni operanti in diversi campi, tra le quali spiccano le fondazioni culturali.

¹¹⁴ La distinzione tra fondazione di erogazione e operativa è elaborata dalla dottrina come del resto ogni altra distinzione, in assenza di una tipizzazione delle fondazioni da parte dell'ordinamento; si veda in proposito la nota 111. La distinzione è completata con l'individuazione delle fondazioni a natura mista, nelle quali peraltro prevale la natura operativa.

¹¹⁵ Ha finalità di erogazione la fondazione di comunità (*community foundation*), che sarà trattata al paragrafo 38.

¹¹⁶ Diversamente, in Paesi nei quali le fondazioni sono particolarmente numerose, quali gli Stati Uniti, si rileva che le fondazioni di erogazione (*grant making foundations*) rappresentano il 90% delle fondazioni. La presenza numericamente considerevole di fondazioni di erogazione e la consolidata tradizione filantropica si collegano negli Stati Uniti a una scarsa presenza pubblica nel *welfare*, a un capitalismo avanzato, a un'imposizione fiscale bassa e a oneri fiscali meno gravosi. In Italia, rispetto al ruolo filantropico assunto dalle fondazioni bancarie, è stato osservato come esse siano «un intermediario filantropico privato costruito per decreto pubblico», in contrapposizione all'«esito di benevolenza privata» delle fondazioni filantropiche statunitensi (G. P. Barbetta, «Fondazioni di erogazione e finanziamento del settore nonprofit», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 202).

8. La fondazione di famiglia

La fondazione di famiglia, a cui si è già accennato, risulta essere l'unico tipo di fondazione menzionato dal codice (art. 28. c. 3, «fondazioni destinate a vantaggio soltanto di una o più famiglie determinate»). Questo tipo di fondazione è da tempo inutilizzato.

L'ammissibilità di queste fondazioni (già menzionate dall'articolo 2 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, «Norme sulle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza») nel nostro ordinamento deve essere coordinata con le disposizioni in materia di sostituzione fedecommissaria, che pure producono l'effetto di imporre su beni determinati un vincolo di destinazione perpetuo, e dunque con i limiti da questa posti.

Nei casi di fedecommissario ammessi dall'articolo 692 c. c. può essere rinvenuto un fine di utilità sociale; il fine di pubblica utilità è espressamente menzionato dall'articolo 699 relativamente a erogazioni periodiche per premi di nuzialità, opere di assistenza e simili. Altrettanto, il fine di pubblica utilità deve essere proprio anche della fondazione di famiglia, che altrimenti violerebbe il divieto di fedecommissario: in questo senso si esprimono la giurisprudenza¹¹⁷ e la dottrina, anche datata¹¹⁸, la quale specifica che «la conservazione del patrimonio all'interno di una data famiglia non sia lo scopo della disposizione, ma sia il mezzo per realizzare una diversa finalità socialmente utile»¹¹⁹, e che «i beneficiari devono essere selezionati non per la sola appartenenza al gruppo, ma anche sulla base di altri presupposti, quali, ad esempio, la situazione di indigenza, la scelta di un certo corso di studio o di una determinata attività professionale»¹²⁰. Fermo restando

¹¹⁷ Cass., Sez. 2, 10.7.1979, n. 3969 ha specificato che l'attribuzione testamentaria dei frutti del proprio patrimonio in perpetuo ai propri discendenti non dà luogo a una fondazione avente personalità giuridica, bensì a un ente di mero fatto, incompatibile con l'attuale ordinamento giuridico. Nello stesso senso di contrasto con l'ordinamento giuridico Trib. Genova, 9.7.1971. In tema di sostituzione fedecommissaria Cass., Sez. 2, 11.7.1980, n. 4443; Sez. 2, 18.7.1980, n. 4708; App. Genova, 28.3.1986.

¹¹⁸ S. D'Amelio, *La beneficenza nel diritto italiano*, 5ª ed., Roma-Padova, 1931.

¹¹⁹ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 5.

¹²⁰ M. V. De Giorgi, «Fondazioni di famiglia e attività d'impresa», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2005, p. 80.

dunque lo scopo di pubblica utilità della fondazione di famiglia, ben può questo essere inteso come collettivo ma particolare, come detto al paragrafo 7.

È stato chiarito che violerebbe il diritto di fedecommissio una fondazione con lo scopo di perpetuare nel tempo il nome di un determinato casato, ciò che avveniva in tempi meno recenti¹²¹; nella società industriale altrettanto potrebbe dirsi per una fondazione che gestisca un'impresa familiare, con devoluzione degli utili al fondatore e, dopo la morte di questi, ai suoi eredi. Questa fattispecie assomma due sub-fattispecie, la fondazione di famiglia e la fondazione titolare di impresa, e ben risolve il problema successorio dell'impresa familiare. Essa è ammessa e diffusa in Germania (*Unternehmensstiftung*)¹²², mentre nel nostro ordinamento la fattispecie va coordinata, come si è detto, con il divieto di sostituzione fedecommissaria. L'utilizzo della fondazione familiare per la successione dell'impresa familiare determinerebbe peraltro problemi in ordine all'immodificabilità del vincolo della destinazione dei beni e alla *governance*, dovendo il fondatore rimanere estraneo all'amministrazione¹²³.

9. L'attività di impresa

Si è fatto cenno a fondazione d'impresa: si tratta di questione rilevante, in relazione al sempre più ricorrente esercizio di attività imprenditoriale da parte della fondazione di diritto comune, tanto da potersi ritenere che in essa risieda uno dei principali aspetti di riflessione per una revisione dell'istituto. Il tema risulta di ancor maggiore

¹²¹ M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, p. 264.

¹²² Peraltro, in Germania, il *Bürgerliches Gesetzbuch* relativamente allo scopo della fondazione prescrive semplicemente che esso non sia pericoloso per il bene comune (§ 81, (2)).

¹²³ M. V. De Giorgi, cit. a nota 120, p. 82, ritiene una soluzione risieda nella costituzione di una società *holding*, cui affidare le quote individuali, oggetto di successione, e cita al riguardo «quella che è stata efficacemente chiamata cassaforte familiare», la Giovanni Agnelli e C. Sapaz, «l'accomandita per azioni costituita per mantenere intatto il potere della famiglia Agnelli, minacciato dall'avvicinarsi degli sfortunati destini individuali».

importanza in rapporto a funzioni relative a fondazioni costituite *ex lege*: le fondazioni musicali per le quali sono espressamente previste attività commerciali e accessorie (art. 3, c. 2, d.lgs. n. 367/1996) e, soprattutto, le fondazioni bancarie per le quali è previsto l'esercizio di imprese direttamente strumentali ai fini statuari nei settori rilevanti (artt. 1, c. 1, lett. h) e 3, c. 2, d.lgs. 17.5.1999, n. 153). Ancorché si tratti, in entrambi i casi citati, di fondazioni di diritto speciale, l'introduzione delle citate previsioni nel nostro ordinamento (specie della previsione delle imprese strumentali nelle fondazioni bancarie) rappresenta un'innovazione della quale tenere conto, come si dirà oltre.

Il tema si inserisce nella distinzione, di cui prima si è detto, tra scopo e attività: secondo dottrina e giurisprudenza¹²⁴, la fondazione, ente a scopo non lucrativo (inteso come divieto di distribuzione degli utili), può svolgere attività economica.

Non altrettanto pacifica in dottrina è l'ammissibilità di attività imprenditoriale e se questa possa costituire soltanto oggetto indiretto (attività strumentale), ovvero anche oggetto diretto della fondazione (attività esercitata in via principale o esclusiva) fino a divenire attività nella quale si esaurisce la finalità dell'ente (fondazione d'impresa). In assenza di disposizioni relative all'attività della fondazione, l'ammissibilità dell'attività imprenditoriale si pone in relazione all'assenza di scopo di lucro che caratterizza l'istituto.

La tesi contraria all'esercizio in via principale di attività imprenditoriale è oggi minoritaria e sostenuta, tra gli altri, da Bianca, secondo il quale l'attività d'impresa è «attività lucrativa, e se costituisce l'oggetto principale dell'ente, essa risulta incompatibile con la funzione propria della fondazione». Le fondazioni «sono state previste dalla legge come corpi morali non commerciali», ciò che «ha precisi riscontri nella loro esclusione dalle forme di pubblicità delle imprese e, soprattutto nella mancanza delle forme di controllo dell'attività imprenditoriale cui sono assoggettati gli *enti commerciali*, cioè le società, a tutela di coloro che ne sopportano il rischio e dei terzi credito-

¹²⁴ Recentemente, Cass., Sez. 1, 27.2.1997, n. 1753; Cass., Sez. 5, 29.7.2005, n. 16032. Analogamente la giurisprudenza ammette esercizio di attività lucrativa da parte di ente pubblico (per tutte: Cass., Sez. 1, 13.10.1961, n. 2128; Sez. Un., 26.10.1977, n. 3270).

ri»¹²⁵. Secondo Bianca l'esercizio di attività d'impresa in via principale preclude il riconoscimento, per le fondazioni riconosciute comporta violazione dello statuto, con conseguente responsabilità personale e illimitata degli amministratori, e assoggettamento alla disciplina dell'impresa commerciale e del fallimento. L'Autore ammette per contro l'esercizio di attività imprenditoriale in via strumentale, al fine di procurarsi i mezzi necessari per il perseguimento dello scopo.

L'orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza ammette l'esercizio di attività d'impresa¹²⁶. Lo scopo di lucro non è infatti previsto fra i connotati della figura giuridica dell'imprenditore (art. 2082 c. c.) e la forma societaria, considerata attività essenzialmente lucrativa, non è l'unica che l'attività d'impresa può assumere. A seguito della riforma societaria, peraltro, lo scopo di dividere gli utili può non essere ritenuto elemento causale delle società, stante l'ammissibilità di società prive di tale scopo.

I requisiti richiesti in capo all'imprenditore (figura cui si ricorre in mancanza di una definizione normativa dell'impresa) consistono in «professionalità, organizzazione, natura economica dell'attività»¹²⁷, mentre lo scopo di lucro è ritenuto non essenziale in quanto attinente

¹²⁵ C. M. Bianca, cit. a nota 8, pp. 344-45. La tesi è altresì sostenuta da G. Ragusa Maggiore, «L'impresa nell'associazione, nella fondazione e nella cooperativa», in *Vita notarile*, 1981, p. 421, che sostiene che una fondazione che esercita vera e propria attività commerciale non può essere considerata fondazione; A. Arena, *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, lezioni, Milano, 1956, pp. 43 sgg.; P. Zanelli, «Oggetto sociale e attività economica nella società e nell'associazione», in *Le società*, 1961, pp. 385 sgg. e p. 394; A. Predieri, *Appunti e proposte per una disciplina delle fondazioni ed enti privati con scopi culturali*, Milano, 1966, p. 18, nota 4, dell'estratto. Peraltro in saggio relativo ad associazioni ma ritenuto da autorevole dottrina (Costi) estensibile, per questi aspetti, alle fondazioni, Zanelli rileva che un ente svolgente attività economica non potrebbe essere riconosciuto. G. Palermo, *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalla società. Atti di un convegno della Scuola di Notariato di Roma*, Milano, 1990, p. 171, rileva che il controllo sulle fondazioni riguarda solo i profili istituzionali dell'attività.

¹²⁶ Tra gli Autori favorevoli all'esercizio di attività imprenditoriale da parte della fondazione: R. Costi, cit. a nota 74; F. Galgano, cit. a nota 27, p. 6; M. V. De Giorgi, «Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1999, p. 305.

¹²⁷ Cass., Sez. L, 28.8.2003, n. 12634.

al movente soggettivo dell'esercizio dell'attività da parte dell'imprenditore e salva l'esclusione del carattere imprenditoriale dell'attività svolta in modo del tutto gratuito¹²⁸. L'articolo 2082 c. c., inoltre, non richiede che l'attività economica sia svolta in via principale.

Non si pone, viceversa, il problema della pubblica utilità di queste fondazioni: secondo Rescigno si tratterebbe di utilità collettiva, ma particolare, al pari delle fondazioni di famiglia, con conseguente applicabilità alle fondazioni d'impresa dell'articolo 28, comma 3, del codice civile, del quale si è detto a proposito delle fondazioni di famiglia¹²⁹.

L'adozione della forma fondazionale per l'esercizio d'impresa è stata particolarmente sostenuta da Costi¹³⁰. La fondazione, avente uno

¹²⁸ Cass., Sez. L, 14.6.1994, n. 5766; Cass., Sez. L, 3.11.2003, n. 16435; Cass., Sez. L, 26.1.2004, n. 1367. La Corte ha ritenuto, in fattispecie relativa agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che lo scopo di lucro della loro attività imprenditoriale ha rilievo meramente oggettivo, e collegato con le modalità di svolgimento dell'attività, assumendo pertanto questi enti la qualità di imprenditore nonostante il fine spirituale o comunque altruistico (Cass., Sez. L, 19.12.1990, n. 12039). Nella giurisprudenza precedente era presente un orientamento secondo il quale lo scopo di lucro è connaturato al concetto di impresa (Cass., Sez. I, 9.12.1976, n. 4577; Sez. I, 3.12.1981, n. 6395; Sez. L, 2.12.1982, n. 6560). Anche la dottrina è orientata a escludere la necessità di lucro soggettivo (R. Costi, cit. a nota 74, p. 21; G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, 2ª ed., Torino, 1965, p. 44; A. Genovese, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, p. 2).

¹²⁹ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 811. L'Autore osservava, nel 1968, la scarsa applicabilità, nel nostro Paese, della fondazione d'impresa, che è invece molto diffusa, anche per finalità successorie, in Germania. Con riferimento al modello tedesco P. Rescigno, «Fondazione e impresa», in *Rivista delle società*, 1967, pp. 812 sgg., e altri Autori citano la Carl-Zeiss-Stiftung, fondazione d'impresa con finalità anche sociali, rivolte ai lavoratori dell'impresa; si può menzionare che recentemente l'attività d'impresa svolta da tale fondazione è stata attribuita a una società per azioni, la Carl-Zeiss-Aktiengesellschaft, mentre la Carl-Zeiss-Stiftung detiene l'intero pacchetto azionario. Rescigno cita la dottrina tedesca sulla materia; si ricordano qui Schneider-Martin, *Familienunternehmen und Unternehmer testament*, Heidelberg, 1963, e Westermann, *Die Auswahl des Nachfolgers im frühling Unternehmen testament*, in *Festschrift P. Möhring*, München-Berlin, 1965. Può altresì essere citato G. Strickrodt, *Unternehmen unter frei gewählter Stiftungssatzung*, Baden-Baden und Frankfurt am Main, 1956, che indica la fondazione come forma liberamente scelta dall'imprenditore.

¹³⁰ R. Costi, cit. a nota 74, pp. 1-41.

scopo tipico, specifico e non modificabile, assicura la continuità dell'impresa «al di là della vita dell'imprenditore originario, e, anche formalmente, l'autonomia nei confronti delle vicende dei fondatori»; l'impresa è funzionalizzata allo scopo tipico e specifico. L'Autore giunge ad ammettere (sulla base del carattere non necessariamente altruistico della fondazione, di cui si è già detto al paragrafo 7) che può farsi ricorso alla fondazione anche quando il fondatore intende «riservare a sé in tutto o in parte i redditi dell'impresa». Sarebbero dunque ammissibili sia la «fondazione altruistica», in cui i redditi dell'impresa gestita dalla fondazione sono devoluti a persone diverse dal fondatore, che la «fondazione egoistica», in cui il fondatore si riserva in tutto o in parte tali redditi. L'esercizio di impresa è ammesso anche da parte delle fondazioni non riconosciute, per il solo caso in cui l'Autore ammette la figura nel nostro ordinamento (si veda la nota 74) e nei limiti posti dagli articoli 39 e seguenti con riferimento all'oggetto¹³¹.

La giurisprudenza ammette l'esercizio di attività imprenditoriale da parte di enti senza scopo di lucro, sia quale attività prevalente che non prevalente, nel rispetto dello statuto e del fine di pubblica utilità della fondazione al quale l'attività d'impresa deve essere strumentale: laddove l'attività d'impresa non sia strumentale al fine di pubblica utilità, l'attività stessa non fa più capo alla fondazione ma ai soggetti che hanno agito, non essendo giustificato il beneficio della limitazione della responsabilità¹³².

¹³¹ R. Costi, cit. a nota 74, pp. 41-42: potrebbero dunque esistere fondazioni non riconosciute per «la costruzione di opere pubbliche e monumenti, l'allestimento di mostre ed esposizioni, la preparazione e la realizzazione di festeggiamenti, così come l'espletamento d'opere di soccorso o beneficenza, possono infatti costituire e richiedere l'esercizio, anche continuativo, di attività economiche di produzione e scambio di beni e di servizi e in particolare l'esercizio di attività commerciali».

¹³² In questo senso pronunce della Corte di Cassazione e della giurisprudenza di merito, competente all'accertamento del carattere imprenditoriale dell'attività e dell'esistenza dello scopo di lucro (Cass., Sez. L, 1.9.1994, n. 17543; App. Roma 28.10.1986; Trib. Milano, 27.1.1988, 16.7.1988 e 17.7.1994; App. Milano, 7.4.1989); riferite ad attività non prevalente Cass., Sez. L, 29.10.1998, n. 10826; Sez. L, 26.1.2004, n. 1367; riferita alla fondazione esercente impresa App. Milano, 25.2.1981. Analogamente la giurisprudenza ammette l'esercizio di attività d'impresa da parte degli enti con scopo mutualistico (Cass., Sez. 1, 8.6.1980, n. 3856; Sez. 5, 2.12.2004, n. 22644).

Alle fondazioni che esercitano in via principale o esclusiva attività d'impresa è applicabile la disciplina delle imprese commerciali (artt. 2188-2221 c. c.). La tesi è argomentata applicando analogicamente l'articolo 2201 (che prevede l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese degli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale)¹³³.

Tale riferimento analogico alla previsione dell'articolo 2201 riferita agli enti pubblici rimane attuale, anche a seguito dell'emanazione del regolamento relativo all'istituzione del registro delle imprese (d.p.r. 7.12.1955, n. 581). Questa disciplina, relativamente recente, avrebbe potuto costituire occasione per un chiarimento in merito all'iscrizione delle fondazioni che esercitano attività d'impresa, ma così non è stato; peraltro, l'iscrizione di dette fondazioni, ancorché non prevista espressamente, non può certamente ritenersi esclusa. Essa può essere ricondotta in via analogica alla previsione dell'articolo 2201 per gli enti pubblici, richiamato dall'articolo 7 del d.p.r. citato, ovvero, più semplicemente, ritenersi ammessa sostenendo la non tassatività dell'elencazione dei soggetti tenuti all'iscrizione nel predetto articolo 7.

Nel caso di esercizio di attività d'impresa in via strumentale o accessoria la giurisprudenza non qualifica l'imprenditore commerciale¹³⁴, mentre la dottrina è discorde. Galgano ritiene applicabile la disciplina dettata genericamente per l'imprenditore (artt. 2082 sgg.)¹³⁵; Rescigno ritiene applicabile la disciplina del libro quinto del codice,

¹³³ App. Milano, 7.4.1989. La Corte di Cassazione (Sez. 1, 18.9.1993, n. 9589) ha precisato che occorre che l'attività imprenditoriale sia direttamente imputabile all'ente, non essendo sufficiente l'utilizzazione da parte dell'ente dei proventi dell'attività imprenditoriale di un soggetto distinto, anche se collegato o collaterale; l'attività può essere svolta per il tramite di altra struttura ma deve essere direttamente o personalmente riferibile all'ente (Cass., Sez. 1, 19.2.1999, n. 1396). In dottrina: in senso favorevole F. Galgano, cit. a nota 27, p. 6; P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 812, che esclude l'applicabilità alla fondazione dell'eccezione prevista dall'art. 2221 per gli enti pubblici in merito all'assoggettabilità a fallimento; nello stesso senso, R. Costi, cit. a nota 74, pp. 23-25, specifica che per i momenti iniziale e finale dell'assunzione della qualità di imprenditore si deve avere riguardo (al criterio) dell'effettività dell'esercizio.

¹³⁴ Cass., 9.11.1979, n. 5770; 17.1.1983, n. 341.

¹³⁵ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 6.

ma che la fondazione non sia soggetta a registrazione¹³⁶; Costi ritiene non vi sia alcuna differenza tra esercizio in via principale o strumentale e, per quest'ultimo caso, afferma l'obbligo di registrazione dei soli dati che individuano l'impresa¹³⁷; la dottrina più recente (Campobasso, Ponzanelli, Zoppini) propende per l'applicabilità della disciplina dell'imprenditore commerciale¹³⁸.

Pur nella differenza tra le tesi sopra riferite, pare dunque potersi rinvenire la tendenza prevalente a ricondurre l'attività d'impresa, ancorché strumentale, svolta dalla fondazione alla figura dell'imprenditore di cui all'articolo 2082, per la presenza di tutti i requisiti richiesti da tale disposizione.

La stessa giurisprudenza piuttosto recente ha individuato negli enti *non profit*, tra i quali le fondazioni, un *tertium genus* di imprenditore commerciale, oltre quelli individuale e societario, «l'imprenditore collettivo non societario», caratterizzato dall'obbligatorietà e intenzionale devoluzione degli utili a fini altruistici umanitari o al perseguimento di una gestione economica in pari¹³⁹.

La fondazione che svolga in via principale o esclusiva attività imprenditoriale è assoggettabile a fallimento¹⁴⁰.

Per la generalità delle fondazioni che svolgono attività commerciali, ancorché in modo non esclusivo o principale, sussiste l'obbligo di tenere le scritture contabili previste per l'imprenditore che esercita attività commerciale (art. 2214 c. c.). La contabilità per l'attività commerciale, ai fini dell'imposta sui redditi, va tenuta in modo separato da quella inerente la restante attività (art. 144, c. 2, d.lgs. n. 344/2003, «Testo unico delle imposte sui redditi»).

¹³⁶ P. Rescigno, cit. a nota 5, pp. 812-13.

¹³⁷ R. Costi, cit. a nota 74, p. 27.

¹³⁸ G. F. Campobasso, «Associazioni e attività d'impresa», in *Rivista di diritto civile*, II, 1994, pp. 590 sgg.; G. Ponzanelli, cit. a nota 101, p. 163; A. Zoppini, cit. a nota 101, p. 176 sgg.

¹³⁹ Trib. Milano, 17.6.1994.

¹⁴⁰ Cass., Sez. 1, 20.6.2000, n. 8374; Trib. Milano, 16.7.1988; App. Palermo, 7.4.1989. In dottrina Costi, cit. a nota 74, pp. 22 e 27-29, sostiene l'assoggettabilità a fallimento anche per il caso l'attività d'impresa sia esercitata in via accessoria, in quanto per l'applicazione dello statuto dell'imprenditore è sufficiente l'esercizio professionale di un'attività economica; G. Baralis, cit. a nota 15, pp. 1106-07, relativamente all'assoggettabilità a fallimento degli enti *non profit*.

10. La fondazione holding

Nel caso la fondazione svolga attività d'impresa per devolvere gli utili ad altra attività, che realizza direttamente lo scopo della fondazione, può risultare utile separare le due attività in modo più marcato, specie con riferimento agli organi. Per questa ipotesi è stata elaborata in dottrina la figura della fondazione *holding* o fondazione finanziaria. Questa, come definita da Galgano, ha per oggetto l'«amministrazione del patrimonio o la gestione dell'impresa, con l'obbligo, imposto dallo statuto, di devolvere le rendite del patrimonio o gli utili dell'impresa all'altra fondazione», che impegnerà le rendite o gli utili rilevati per il raggiungimento dello scopo¹⁴¹.

La fondazione *holding* è da ritenersi ammessa nel nostro ordinamento in quanto rivolta, seppure in via mediata, al perseguimento di uno scopo ideale e di pubblica utilità.

Ciò è stato ritenuto anche dalla giurisprudenza. In particolare la giurisprudenza amministrativa ha ammesso il carattere di fondazione di un ente avente il compito di amministrare un patrimonio le cui rendite siano devolute da altre fondazioni per iniziative nel campo umanitario, scientifico, artistico e sociale (ossia campi tradizionalmente afferenti allo scopo della fondazione, che la fondazione *holding* persegue quindi in via mediata)¹⁴².

La fondazione *holding* e la fondazione, o le fondazioni, «finanziate» possono essere costituite anche in momenti diversi. I rapporti tra esse possono comprendere l'imposizione, da parte della fondazione *holding*, di direttive, come ritiene Galgano; per contro, nessun riferimento svolge l'Autore ad attività di controllo da parte della fondazione *holding*. Gli enti «finanziate» non devono necessariamente essere fondazioni: viene espressamente citato il potersi trattare anche di enti pubblici; per il caso non si tratti di ente pubblico dovrà trattarsi di un ente perseguito scopo di pubblica utilità¹⁴³ e quindi di un ente rien-

¹⁴¹ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 6.

¹⁴² Cons. Stato, Sez. I, parere, 12.12.1961, n. 2186. Nello stesso senso, Trib. Chivari, 11.7.1959.

¹⁴³ Così F. Galgano, cit. a nota 27, p. 7, che cita, per esempi di enti pubblici, A. Predieri, «Funzioni e finalità delle fondazioni culturali», in *Proposte per una disciplina*

trante, per lo scopo perseguito o l'attività esercitata, nel settore *non profit*. Ammettendosi peraltro l'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte di società controllata, la fondazione *holding* si può configurare rispetto alla società stessa o a gruppi di imprese.

La configurabilità della fondazione *holding* è, a seguito della riforma del diritto societario, riconducibile all'articolo 2497 c. c. che si riferisce agli enti che esercitano attività di direzione e coordinamento di società.

La fondazione *holding* che esercita la direzione o il coordinamento di società non assume la qualità di imprenditore commerciale essendo l'impresa commerciale esercitata non direttamente (e quale attività principale dell'ente), bensì in via mediata da parte della società controllata¹⁴⁴.

11. *L'organizzazione*

Altro elemento, non essenziale, che l'atto costitutivo o lo statuto devono contenere riguarda «le norme sull'ordinamento e l'amministrazione» (art. 16, c. 1). Atto costitutivo e statuto devono dunque prevedere gli organi, la loro composizione e modalità di nomina, nonché indicare l'organo al quale è conferita la rappresentanza dell'ente¹⁴⁵.

L'ordinamento e l'amministrazione della fondazione sono tradizionalmente attribuiti all'organo amministrativo, che può essere indi-

legislativa delle fondazioni culturali, Atti del convegno internazionale promosso dall'Istituto accademico di Roma, dalla Fondazione Cini e dalla Fondazione Olivetti, Roma, 1967, pp. 122 sgg., note 25 e 28.

¹⁴⁴ F. Galgano, cit. a nota 6, pp. 51 e 169.

¹⁴⁵ La giurisprudenza ha specificato che in sede di riconoscimento della fondazione l'autorità governativa non può imporre una determinata organizzazione, diversa da quella voluta dal fondatore, se non per quanto sia necessario o conforme a buona amministrazione per garantire l'autonomo funzionamento dell'ente (Cons. Stato, Sez. I, 15.12.1993, n. 1854). La giurisprudenza ha ritenuto, in fattispecie di fondazione disposta con testamento, che la mancanza di norme sull'organizzazione non è causa di invalidità testamentaria, in quanto le disposizioni al riguardo possono essere dettate dall'autorità amministrativa o da persona all'uopo designata dal testatore (Cass., Sez. 2, 27.2.1997, n. 1806).

viduale o collegiale (nel qual caso si ha il consiglio di amministrazione), costituito da persone fisiche o giuridiche¹⁴⁶.

Nell'atto di fondazione il fondatore può anche designare gli amministratori, ovvero rimettere tale designazione a un terzo; non può peraltro riservare a sé la nomina degli amministratori alle successive rinnovazioni negli organi, né sciogliere il consiglio di amministrazione¹⁴⁷.

Qualora le disposizioni contenute nell'atto di fondazione non possano attuarsi, alla nomina degli amministratori o dei rappresentanti provvede l'autorità governativa (art. 25 c. c.).

Indicazioni in ordine agli amministratori e alle loro sostituzioni, con specificazione di quelli a cui è attribuita la rappresentanza, devono essere iscritte nel registro delle persone giuridiche (art. 4 d.p.r. n. 361/2000) ai fini della conoscibilità da parte di terzi.

In seno al consiglio di amministrazione può essere previsto un comitato esecutivo, cui è attribuita l'amministrazione attiva, con successivo controllo e ratifica delle decisioni da parte del consiglio di amministrazione¹⁴⁸.

Nella prassi della fondazione moderna è talvolta previsto un organo di controllo (spesso collegio sindacale), in analogia con le società¹⁴⁹.

¹⁴⁶ In dottrina è stato sostenuto (G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 204) che la fondazione può avere un proprio organo principale e necessario, ossia l'organo amministrativo, escludendo l'assemblea «poiché qui non vi è un gruppo che, per il raggiungimento dei propri interessi collettivi compie attività in comune e conferisce beni o attività; qui il gruppo di cui si tutelano gli interessi è quello dei beneficiari che, essendo i destinatari delle rendite e dei benefici della fondazione, stanno al di fuori dell'amministrazione».

¹⁴⁷ Il fondatore può indicare i criteri per la nomina dei successivi amministratori ma non riservarla a se stesso in quanto il fondatore non partecipa all'esecuzione del negozio di fondazione; il fondatore può nominare amministratore se stesso, anche a vita, e i suoi eredi dopo la sua morte (Cons. Stato, Comm. spec., parere, 1.6.1960, n. 148).

¹⁴⁸ La previsione del comitato esecutivo e dell'ambito della delega deve essere prevista dal fondatore e non può essere rimessa alla discrezione degli amministratori (Cons. Stato, Comm. spec., parere, 1.6.1960, n. 148). L'obbligo di previsione dell'organo e delle sue attribuzioni nell'atto costitutivo o statuto vige infatti per tutti gli organi della fondazione.

¹⁴⁹ Sull'ammissibilità dell'organo di controllo la dottrina è concorde (P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 807; G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 205; C. M. Bianca, cit. a nota 8,

La previsione di un collegio arbitrale è ammessa solo se l'organo è configurato dallo statuto non come obbligatorio, bensì come facoltativo: così il ricorso, eventuale, nella concreta futura controversia, comporta il consenso dei beneficiari. Infatti, l'ammissibilità del collegio arbitrale nella fondazione, a differenza di quanto avviene nell'associazione, trova un limite nella mancanza di atti di adesione da parte dei beneficiari, con accettazione delle previsioni statutarie¹⁵⁰.

La fondazione moderna prevede, talvolta, anche l'organo assembleare, organo previsto dal codice per l'associazione¹⁵¹.

Invero, proprio nella maggiore rilevanza dell'organizzazione risiede uno dei principali aspetti dell'evoluzione dell'istituto. La fondazione, si è detto, è oggi maggiormente costituita per atto tra vivi, spesso da parte di enti, e svolge prevalentemente attività operativa, spesso con patrimonio iniziale insufficiente: tutti questi aspetti comportano l'aumentata rilevanza dell'elemento personale – l'organizzazione – e la svalutazione dell'elemento patrimoniale.

L'evoluzione che si è verificata ha condotto a rivedere la stessa nozione di fondazione, non dettata dal diritto positivo ed elaborata dalla dottrina. Mentre la nozione tradizionale di *universitas bonorum* era incentrata sull'elemento patrimoniale, ritenendo la fondazione un ente, avente personalità giuridica, dotata di un patrimonio per il perseguimento di uno scopo¹⁵², la nozione più moderna tiene conto della rilevanza assunta dall'elemento personale, o meglio dall'organizzazione, e definisce la fondazione «la stabile organizzazione predisposta per la destinazione di un patrimonio ad uno scopo di pubblica utilità»¹⁵³. Si abbandona pertanto la concezione della fondazione incen-

p. 349); la nomina e l'attribuzione dei poteri non possono essere conferite all'organo amministrativo (Cons. Stato, Comm. spec., parere, 1.6.1960, n. 148), prassi peraltro diffuse nelle fondazioni culturali (D. Vittoria, cit. a nota 87, pp. 315-16).

¹⁵⁰ In questo senso sono la dottrina e la giurisprudenza: P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 807; G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 206; F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, p. 209; Cons. Stato, Comm. spec., parere, 1.6.1960, n. 148.

¹⁵¹ La presenza dell'assemblea non è tuttavia indice della natura giuridica di associazione dell'ente (Cons. Stato, 30.10.1996, n. 2452).

¹⁵² La definizione è riportata da C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 339, con riferimento ad altra dottrina.

¹⁵³ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 1; C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 312, distingue tra «enti associativi» ed «enti amministrativi», nei quali rientrano le fondazioni, che

trata sull'idea del patrimonio separato, ancorché dotato di personalità giuridica, a favore di una concezione che pone in primo piano l'elemento organizzativo¹⁵⁴.

Questa concezione, sicuramente aderente all'attuale configurazione dell'istituto, rende più difficile una distinzione dall'associazione. Del resto, la prassi mostra come oggi, per il perseguimento di finalità sostanzialmente analoghe, siano utilizzate indifferentemente l'una o l'altra figura; la scelta tra i due tipi di persona giuridica è ammessa dalla stessa legislazione relativa a enti del *non profit*.

L'attenuata distinzione tra le due figure si riscontra, altresì, nella mutata posizione degli organi. Carattere della fondazione è il «distacco» dal fondatore: come si è detto, il fondatore si spoglia del patrimonio destinato allo scopo fondazionale; l'esecuzione del negozio di fondazione è affidata a persone diverse dal fondatore – gli amministratori – «organi serventi», vincolati al perseguimento dello scopo. Per contro, l'esercizio dei poteri da parte degli amministratori non trova un limite nelle decisioni dell'assemblea e il controllo dell'autorità governativa attiene alla sola legittimità. Questi caratteri della fondazione tradizionale, che hanno connotazione diversa nell'associazione, e nei quali risiedono le differenze tra le due figure, risultano fortemente attenuati nella moderna fondazione: non si ha più un distacco dal fondatore e l'organo amministrativo, cui vengono attribuite competenze più ampie, passa da una posizione «servente» a una posizione «dominante»¹⁵⁵. Quanto si è detto si verifica, in particolar modo, nel-

L'Autore definisce «organizzazioni amministrative dotate di un patrimonio per il perseguimento di determinate finalità non lucrative».

¹⁵⁴ M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, p. 254; G. Tamburrino, cit. a nota 24, p. 123; A. Predieri, «Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni di diritto privato», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1117 sgg.; D. Vittoria, *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, Napoli, 1976. Peraltro la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. I, 30.5.1961, n. 874; Sez. II, 4.11.1996, n. 2738) ritiene che la denominazione dell'ente debba chiarire a quale figura esso appartiene.

¹⁵⁵ D. Vittoria, cit. a nota 87, p. 312, osserva che «la posizione sovrana degli amministratori è logicamente implicita in tutte quelle ipotesi – e sono oggi assai frequenti – in cui le disposizioni statutarie contengono un'indicazione estremamente generica degli scopi della fondazione» e si ha «la concessione all'organo amministrativo della più ampia discrezionalità in ordine a tutte le scelte che scandiscono l'attività e la vita della persona giuridica».

le fondazioni culturali, che ampio sviluppo hanno avuto negli ultimi cinquant'anni e ben sono collegabili, come è stato evidenziato in dottrina, alla tutela costituzionale, oltre che delle formazioni sociali (art. 2 Cost.) anche della cultura (art. 9 Cost.). Nell'ambito dei vari tipi che queste fondazioni possono assumere, in relazione alla loro attività di erogazione od operativa, la forma più moderna di fondazione culturale è costituita dalla fondazione-organizzazione¹⁵⁶.

In ordine agli amministratori si applicano dunque le disposizioni statutarie; in assenza di qualsiasi riferimento allo statuto si applicano le norme del codice, espressamente riferite alla fondazione ovvero, in mancanza di queste, per la società per azioni, la cui portata ha caratteri generali¹⁵⁷.

Il codice dedica due specifiche norme agli amministratori: l'articolo 18, «Responsabilità degli amministratori», e l'articolo 19 «Limitazione del potere di rappresentanza».

Relativamente alla responsabilità giova premettere che la fondazione, quale persona giuridica, ha responsabilità personale e patrimoniale. Gli atti e i rapporti giuridici conseguentemente instaurati sono imputati alla fondazione e non alle persone fisiche titolari degli organi¹⁵⁸, legati alla fondazione da un rapporto organico.

Infatti, la dottrina quasi unanime¹⁵⁹ qualifica il rapporto tra gli organi e l'ente di immedesimazione organica, conformemente a quanto elaborato dalla dottrina amministrativistica per gli organi di enti pubblici¹⁶⁰. Nello stesso senso è la giurisprudenza, che specifica che l'at-

¹⁵⁶ A. Predieri, cit. a nota 143, pp. 117 sgg.

¹⁵⁷ La giurisprudenza ritiene si applichi la norma espressamente prevista o, in mancanza, una norma statutaria applicabile per analogia (Cass., Sez. Un., 9.5.1972, n. 1404; Trib. Milano, 23.6.1988).

¹⁵⁸ Affinché ciò avvenga la fondazione deve essere costituita e riconosciuta. In tema di responsabilità di fondazione in attesa di riconoscimento si veda la nota 51. In caso di fondazione non riconosciuta, ammessa da alcuni Autori (si veda il paragrafo 5), si ha responsabilità personale e solidale dei componenti, a norma dell'articolo 41 c. c. In caso di abuso della persona giuridica, come avviene nel caso i beni di questa siano trattati dagli amministratori come propri, i rapporti giuridici possono essere imputati ai fondatori (App. Roma, 28.10.1986).

¹⁵⁹ Si cita, tra gli altri: C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 350.

¹⁶⁰ M. S. Giannini, voce «Organi (teoria generale)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, p. 50, nota 22.

tività degli organi dell'ente non è inquadrabile nella rappresentanza di cui agli articoli 1387 e seguenti del codice civile né nel mandato¹⁶¹; peraltro, la Cassazione ha ritenuto che gli effetti del rapporto organico, con imputazione diretta dell'atto all'ente, può operare nei limiti delle facoltà conferite, come espressamente dettato per la rappresentanza dall'articolo 1388 c. c.¹⁶². L'applicabilità di disciplina in tema di rappresentanza all'immedesimazione organica conseguirebbe anche alla posizione dottrinale¹⁶³ che ritiene che la rappresentanza «gestoria», a differenza di quella legale, sorge da un rapporto negoziale e si avvicina dunque alla rappresentanza volontaria.

Secondo il prima citato orientamento, che propende per il rapporto di immedesimazione organica, non si tratta dunque di mandato, ancorché l'articolo 18 preveda che gli amministratori siano responsabili verso l'ente secondo le norme del mandato. Può essere interessante notare come la riforma del diritto societario abbia, in tema di responsabilità degli amministratori verso la società, cancellato il riferimento alla diligenza del mandatario contenuto nel precedente testo dell'articolo 2392 c. c.; il nuovo testo della norma parla, invece, di «diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze».

Invero, il riferimento al mandato opera esclusivamente con riguardo alla responsabilità nei confronti dell'ente¹⁶⁴. Pertanto, i titolari degli organi devono espletare la loro attività con la diligenza del buon

¹⁶¹ Cass., Sez. 1, 9.7.1968, n. 2356 e 21.12.1987, n. 2356; in dottrina L. Bigliazzi Geri, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, 2000, p. 11. In talune sentenze, peraltro, la Cassazione ha ritenuto la necessità di *contemplatio domini*: Cass., 30.3.2000, n. 3903 in tema di società; Cass., Sez. 2, 7.6.2000, n. 7724 in tema di associazione non riconosciuta. Contra: Cass., 25.7.1967, n. 1934; 24.10.1968, n. 3443; Sez. 1, 12.3.1973, n. 674; 28.9.1977, n. 4133.

¹⁶² Cass., Sez. 2, 6.7.2000, n. 7724. Cass. Sez. 1, 9.4.1990 ritiene che l'atto esorbitante lo scopo dell'ente può essere da questo contestato per insufficienza del potere di rappresentanza, soltanto se si prova che l'altro contraente sia stato a conoscenza dell'esorbitanza dell'atto o in grado di conoscerla con l'uso della normale diligenza.

¹⁶³ C. M. Bianca, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 88; U. Natoli, voce «Rappresentanza (dir. priv.)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, 1987, p. 463; G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 70.

¹⁶⁴ In questo senso è la dottrina prevalente; contra Cass., 26.4.1960, n. 927.

padre di famiglia (art. 1710) e sono responsabili degli eventuali danni arrecati all'ente, fatti salvi i provvedimenti dell'autorità governativa ai sensi dell'articolo 25. Secondo un principio generale relativo agli organi collegiali, è esente da responsabilità l'amministratore che non ha partecipato all'atto che ha causato il danno, salvo il caso in cui, essendo a cognizione dell'atto che si stava per compiere, non abbia fatto constare del proprio dissenso (art. 18).

Sussiste poi una responsabilità verso i terzi per attività costituenti illecito extracontrattuale, ai sensi dell'articolo 2043 c. c. Anche rispetto a queste attività opera il principio di immedesimazione organica, con conseguente imputazione all'ente dell'illecito compiuto dall'organo nell'esercizio delle sue funzioni¹⁶⁵. La dottrina ritiene infatti oggi sussistere la capacità extracontrattuale delle persone giuridiche, responsabilità diretta ex articolo 2043 e non indiretta ai sensi dell'articolo 2049. In caso di illecito extracontrattuale l'illecito degli amministratori è anche illecito dell'ente¹⁶⁶: si ha pertanto la responsabilità solidale della fondazione e degli organi.

È responsabilità verso i terzi la responsabilità verso i creditori sociali, prevista per le società per azioni dall'articolo 2394 c. c.¹⁶⁷.

Ai sensi dell'articolo 25, comma 3, le azioni contro gli amministratori per fatti riguardanti la loro responsabilità devono essere autorizzate dall'autorità governativa (titolare del generale potere di controllo e vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni) e sono esercitate dal commissario straordinario, dai liquidatori o dai nuovi amministratori.

Come già si è detto, l'atto posto in essere dall'organo è imputabile alla fondazione soltanto se rientrante nei poteri a esso conferiti. Questo principio deve essere coordinato con il principio generale della tutela dell'affidamento: esigenze di conoscibilità richiedono pertanto che le limitazioni del potere di rappresentanza siano iscritte nei registri delle persone giuridiche (art. 4 d.p.r. n. 361/2000). Le limitazioni

¹⁶⁵ Cass., Sez. 1, 23.1.1964, n. 161 richiede che «i rappresentanti abbiano agito nell'ambito dei propri poteri»; Sez. 3, 26.7.2001, n. 10213.

¹⁶⁶ Cass., Sez. 1, 23.1.1964, n. 161.

¹⁶⁷ Cass., Sez. 1, 11.5.2001, n. 6554, in tema di associazione non riconosciuta, equipara il creditore a qualsiasi terzo estraneo alla compagine associativa.

del potere di rappresentanza non risultanti dal registro non possono essere opposte ai terzi, salvo che si provi che essi ne erano a conoscenza (art. 19)¹⁶⁸.

La norma costituisce una tutela dell'ente nei casi di eccesso del potere da parte dell'organo e trova un limite nella tutela dell'affidamento del terzo. Gli atti compiuti in violazione delle limitazioni del potere di rappresentanza sono inefficaci per l'ente. La giurisprudenza offre un'interpretazione della conoscenza del terzo di cui all'articolo 19 estendendola alla conoscibilità, ossia alla conoscenza potenziale¹⁶⁹, così ampliando l'ambito degli atti inefficaci per l'ente.

12. La fondazione di partecipazione

Giova menzionare la fondazione di partecipazione, figura ibrida che qui si tratta per la particolare configurazione degli organi.

La fondazione di partecipazione presenta caratteri propri dell'associazione, tanto da potersi definire «fondazione su base associativa», e anche caratteri propri della società di capitali.

I caratteri distintivi rispetto alla fondazione tradizionale sono: un patrimonio a struttura aperta, a formazione progressiva, con possibilità di adesione di nuovi soci, in qualità di fondatori, in momenti successivi alla costituzione della fondazione¹⁷⁰; la possibilità di partecipazione con apporti diversi dall'apporto patrimoniale e, quindi, di tipo personale.

Sono dunque presenti diverse categorie di soci, che si distinguono per il diverso apporto: i fondatori, che partecipano al patrimonio, potendo aderire anche in un momento successivo alla costituzione della fondazione; gli aderenti o sostenitori, che partecipano con il versamento di somme di denaro *una tantum* o annuali, con la donazione di beni materiali o immateriali, ovvero con un apporto di natura personale, che può consistere in prestazioni di lavoro o apporti di esperienza.

¹⁶⁸ Cass., Sez. 1, 23.1.1978, n. 292; Cass., Sez. 1, 9.4.1990, n. 2965.

¹⁶⁹ Cass., Sez. 1, 23.1.1959, n. 186, 26.1.1963, n. 110, 12.8.1976, n. 3029, 21.12.1987, n. 9485 e 9.4.1990, n. 2965.

¹⁷⁰ La struttura aperta è considerata uno dei caratteri specifici dell'associazione (F. Gagliano, *Diritto privato*, 9ª ed., Padova, 1996, p. 623).

L'elemento personale è pertanto allargato e a formazione progressiva, ciò che determina la struttura aperta; conseguentemente a formazione progressiva è il patrimonio.

Quanto agli organi, nel consiglio di amministrazione sono presenti fondatori che partecipano al patrimonio; il consiglio di amministrazione può nominare un organo di revisione contabile; altro organo di revisione può essere un organo di sorveglianza composto esclusivamente dai rappresentanti di enti pubblici (che spesso partecipano alle fondazioni in parola), che controlla l'aderenza dell'operato della fondazione alla legge, allo statuto e al pubblico interesse; potrebbe essere previsto un organo consultivo; gli aderenti o sostenitori partecipano a un organo assembleare¹⁷¹. Ne risulta «una *governance* dunque allargata a tutti i partecipanti a qualunque titolo e con qualsiasi apporto al patrimonio della fondazione»¹⁷², che presenta similitudini con la società di capitali, al pari della quale la fondazione di partecipazione redige il bilancio e osserva principi di contabilità e tiene scritture contabili.

L'ammissibilità della fondazione di partecipazione nel nostro ordinamento fa riferimento alle «altre istituzioni di carattere privato» di cui all'articolo 12 del codice civile (ora all'articolo 1, comma 1, del d.p.r. n. 361/2000)¹⁷³ e all'articolo 45 della Costituzione, che «riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata» e prevede che «la legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei».

¹⁷¹ A una figura ibrida tra fondazione e associazione è stato altresì fatto riferimento in dottrina relativamente alle organizzazioni di volontariato, nelle quali potrebbe esservi «un organo associativo ancorché strumentale alla realizzazione degli scopi di solidarietà della fondazione» (M. Costanza, «Profili civilistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato», commento all'art. 3 della l. n. 266/1991, in *Il corriere giuridico*, 1991, p. 1075); Gorgoni (M. Gorgoni, «Commento alla legge 11.8.1991, n. 266», art. 3 – Organizzazioni di volontariato, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pp. 800 sgg.), ipotizza «un organo di amministrazione eletto parte dal fondatore ed in parte dai volontari».

¹⁷² P. Manes, cit. a nota 103, p. 269.

¹⁷³ Le «altre istituzioni di carattere privato» consistono negli «enti che non si adeguano a uno dei due moduli fondamentali» (R. Rascio, «I contratti amministrativi degli enti», in *Istituzioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, 2ª ed., Torino, 1995, p. 120).

L'adesione successiva alla fondazione di partecipazione trova il proprio fondamento nell'articolo 1322 del codice civile, riferito ai cosiddetti «contratti aperti»: la struttura aperta e le successive adesioni ai sensi dell'articolo 1332 del codice determinano la variazione del numero dei soci senza necessità di modifica statutaria; i contraenti originari non possono escludere o limitare il numero dei nuovi aderenti, bensì, al contrario, lo statuto, con una clausola di adesione o apertura, ne consente e disciplina l'ingresso successivo¹⁷⁴.

La fondazione di partecipazione si presta, e in effetti è stata utilizzata, in casi in cui si rende necessaria una collaborazione tra enti pubblici e soggetti privati, spesso rappresentati da imprese; l'utilizzazione dello strumento è avvenuta anche mediante la trasformazione in fondazione di enti pubblici preesistenti¹⁷⁵.

13. I beneficiari

Un ultimo elemento che atto costitutivo e statuto devono contenere è «i criteri e le modalità di erogazione delle rendite» (art. 16, c. 1). Invero, funzione stessa della fondazione – segnatamente della fondazione di erogazione¹⁷⁶ – consiste nell'attribuzione dei frutti del patrimonio ai beneficiari, ciò che non rappresenta una liberalità bensì l'adempimento obbligatorio dello scopo, rimanendo peraltro l'acquisto a titolo gratuito da parte del beneficiario¹⁷⁷.

¹⁷⁴ E. Bellezza e F. Florian, *Le Fondazioni nel Terzo Millennio*, Firenze-Antella, 1998, pp. 61, 64, 67.

¹⁷⁵ Si tratta, a titolo esemplificativo, degli enti che operano nel settore musicale (d.lgs. 29.6.1996, n. 367), della Società di Cultura La Biennale di Venezia (d.lgs. 29.1.1998, n. 19), del Museo della Scienza e della Tecnologia «Leonardo da Vinci» (d.lgs. 20.7.1999, n. 258) e anche delle fondazioni con partecipazione del Ministero per i beni e le attività culturali, il cui modello era stato originariamente delineato dall'articolo 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368, che sono trattati al capitolo secondo.

¹⁷⁶ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 810, argomenta dalla previsione dei «criteri e le modalità di erogazione delle rendite» nell'articolo 16, comma 1, che la fondazione di erogazione è «verosimilmente la sola cui abbia avuto riguardo il nostro legislatore».

¹⁷⁷ F. Ferrara, cit. a nota 8, p. 300.

La previsione dei beneficiari in atto costitutivo o statuto è finalizzata a non lasciare «all'arbitrio degli amministratori la determinazione dei beneficiari dell'ente»¹⁷⁸. Peraltro la fondazione, quale ente privato che dispone di un proprio patrimonio, è pienamente libera nella determinazione dei beneficiari¹⁷⁹.

I beneficiari determinati o determinabili sono ritenuti destinatari di una promessa al pubblico (art. 1989), titolari di diritto soggettivo all'adempimento della prestazione stabilita in loro favore¹⁸⁰. Qualora i destinatari non siano determinabili, ricorre fattispecie analoga a quelle di cui agli articoli 631, comma 2, e 778, comma 2, c. c., relative alla scelta rimessa all'arbitrio di un terzo relativa alla scelta tra più persone determinate dal testatore o dal donante o appartenenti a famiglie o categorie determinate. In questi casi i beneficiari non sono titolari di diritto soggettivo, bensì di interesse legittimo all'osservanza dei criteri e delle modalità previste da atto costitutivo o statuto per l'erogazione¹⁸¹.

Nelle fondazioni di notevoli dimensioni o con scopi piuttosto ampi la tutela dei beneficiari dovrebbe essere assicurata mediante il controllo dell'autorità pubblica¹⁸² ovvero la partecipazione agli organi: lo statuto può prevedere la partecipazione all'organo amministrativo di rappresentanti delle categorie a cui beneficio è stata istituita la fondazione¹⁸³.

È stato precisato dalla giurisprudenza amministrativa che l'espressione «criteri e modalità di erogazione delle rendite» va riferita, oltre che all'individuazione dei beneficiari, alla determinazione dei criteri economici di impiego delle rendite del patrimonio, determinando quale parte, detratti gli eventuali accantonamenti e le spese di funzionamento dell'ente, sia da destinare alle erogazioni¹⁸⁴.

¹⁷⁸ M. V. De Giorgi, cit. a nota 4, p. 268.

¹⁷⁹ Cons. Stato, Sez. I, 7.12.1993, n. 1628.

¹⁸⁰ Cass., Sez. Un., 19.10.1964, n. 2622; P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 813; F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 16, pp. 280 sgg.; P. Gallo, cit. a nota 110, p. 150.

¹⁸¹ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 814.

¹⁸² D. Vittoria, cit. a nota 87, p. 332. Diversamente P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 813, indica come soluzione alternativa al controllo dell'autorità pubblica la tutela giurisdizionale volta a ottenere il rispetto della legge o dello statuto.

¹⁸³ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 807.

¹⁸⁴ Cons. Stato, Sez. I, 7.12.1993, n. 1628.

In proposito giova osservare che l'attuale situazione di molte fondazioni, segnatamente delle fondazioni culturali, è caratterizzata da modesto patrimonio e scarse entrate, spesso destinate in larga misura a coprire le spese di funzionamento dell'ente, residuando, di conseguenza, esigue risorse da impiegare per le finalità dell'ente e rendendo difficile la realizzazione di iniziative inerenti ai compiti istituzionali. La situazione è peraltro connessa, oltre che all'insufficienza patrimoniale, alla limitata attività di *fund raising*, oggi indispensabile, combinata con una cultura del mecenatismo non ancora pienamente matura. Si aggiunga che l'attività commerciale, generante profitti, può essere svolta in concreto soltanto da fondazioni aventi caratteristiche che la consentano (museo, attività editoriale, attività di studio o ricerca per conto di terzi).

14. Il controllo

Il controllo e la vigilanza sull'amministrazione delle fondazioni sono attribuiti dall'articolo 25 all'autorità governativa¹⁸⁵. Tale potere di controllo è connesso all'attribuzione della personalità giuridica mediante il riconoscimento da parte della stessa autorità.

La giurisprudenza ha precisato che l'intervento dell'autorità governativa ha portata più estesa e penetrante rispetto ai provvedimenti dell'autorità giudiziaria, essendo preordinato a normalizzare compiutamente, con i poteri riconosciuti all'autorità amministrativa, la situazione dell'ente, al di fuori della contrapposizione delle parti in contrasto¹⁸⁶. L'intervento dell'autorità governativa rientra nell'amministrazione pubblica di diritto privato¹⁸⁷.

Il controllo comprende l'annullamento delle deliberazioni contrarie a norme imperative, all'atto di fondazione, all'ordine pubblico o al buon costume, salvi i diritti acquistati da terzi in buona fede (art. 25): si tratta quindi di un controllo di legittimità, che esclude ogni valuta-

¹⁸⁵ Si tratta del Ministro competente per l'attività prevalente della fondazione (Cons. Stato, Sez. 2, 15.6.1983, n. 249).

¹⁸⁶ Cons. Stato, Sez. V, 19.4.1974, n. 291.

¹⁸⁷ F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 25, p. 341.

zione di merito¹⁸⁸. L'annullamento delle deliberazioni è dunque di competenza dell'autorità governativa cui spettano il controllo giudiziale e la vigilanza sull'amministrazione; l'atto dell'autorità governativa è soggetto ai rimedi propri degli atti amministrativi. Non è pacifico in giurisprudenza se il potere di annullamento governativo comporti difetto della giurisdizione ordinaria¹⁸⁹.

Il controllo comprende lo scioglimento dell'organo amministrativo che ha agito non in conformità dello statuto o dello scopo della fondazione o della legge, con nomina di un commissario straordinario, che rimane in carica il tempo necessario alla ricostituzione dell'organo amministrativo secondo le previsioni statutarie^{190, 191}.

Giova osservare che detto controllo previsto dal codice civile è identico per qualsivoglia fondazione. A questo controllo se ne aggiungono altri previsti dalla legislazione speciale relativa a determinate fondazioni (primo fra tutti il controllo previsto per le fondazioni bancarie), dei quali si dirà oltre. Si può menzionare la legislazione relativa al settore *non profit*, che, laddove riconosce agli enti agevolazioni, contribuzioni o sovvenzioni del settore pubblico, prevede controlli di contenuto diverso, preordinati alla valutazione della meritevolezza del sostegno pubblico¹⁹².

¹⁸⁸ G. Palermo, cit. a nota 125, p. 175, specifica che tale controllo di legittimità deve operare nei limiti di cui all'articolo 41, c. 2 e 3, della Costituzione.

¹⁸⁹ In senso favorevole: Trib. Salerno, 27.1.1999; Trib. Voghera, 6.6.2001. Nel senso dell'impugnabilità davanti al giudice ordinario Cons. Stato, 17.6.2003, n. 3045; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 21.6.2000, n. 4598. Cons. Stato, 11.9.1999, esclude la sindacabilità da parte del giudice amministrativo.

¹⁹⁰ La giurisprudenza ha precisato che la sostituzione del consiglio di amministrazione con il commissario non ha carattere sanzionatorio nei confronti dei titolari dell'organo, ma è forma di ingerenza dell'Autorità di vigilanza prevista dalla legge per porre rimedio a una situazione di pregiudizievole disfunzione dello svolgimento dell'attività istituzionale (Cons. Stato, Sez. V, 19.4.1974, n. 291).

¹⁹¹ Altra ipotesi di nomina del commissario straordinario è data dall'impossibilità di funzionamento dell'organo amministrativo per dimissione di tutti i membri (Cons. Stato, Sez. V, n. 773/1960).

¹⁹² I controlli attengono al permanere dei requisiti e allo svolgimento dell'attività; talvolta al fine di accedere a contributi pubblici è prevista la presentazione dei bilanci. Per il controllo sulle ONLUS è stata istituita apposita Agenzia con d.p.c.m. 26 settembre 2000.

Invero, in tema di controlli occorre bilanciare l'autonomia riconosciuta alla persona giuridica privata con la tutela del pubblico interesse e dell'utilità sociale, ai quali le finalità delle fondazioni tradizionalmente si ispirano. Per la fondazione il controllo appare strumentale alla tutela dell'interesse dell'ente; esso, in particolare, è finalizzato ad assicurare la destinazione del patrimonio allo scopo fondazionale¹⁹³; il controllo pubblico, anche penetrante, è giustificato dall'assenza di controlli interni, quale il controllo da parte dell'assemblea o del collegio sindacale. Nella moderna fondazione l'opportunità del controllo si ricollega alla posizione sovrana assunta dall'organo amministrativo e alla presenza di beneficiari indeterminati, come tali non titolari di diritto soggettivo tutelabile in via giurisdizionale: questi aspetti giustificano un controllo proporzionato all'utilità pubblica o privata della fondazione.

15. Il coordinamento di attività e unificazione di amministrazione

L'intervento dell'autorità governativa può estendersi a disporre il coordinamento di attività di più fondazioni (art. 26). Questo coordinamento è riconducibile al coordinamento dell'attività economica a fini sociali previsto dall'articolo 41, comma 3, della Costituzione¹⁹⁴. L'autorità governativa può altresì disporre l'unificazione dell'amministrazione di più fondazioni (art. 26).

Coordinamento di attività e unificazione di amministrazione non incidono sullo scopo; il coordinamento attiene all'attività, l'unificazione a creare un unico organo amministrativo, al fine di evitare interferenze o dispersione di mezzi nel primo caso ed eliminare spese superflue nel secondo. Entrambi devono avvenire «rispettando, per quanto è possibile, la volontà del fondatore» (art. 26).

La volontà del fondatore è intesa in senso oggettivo, nel senso delle previsioni contenute in atto costitutivo e statuto. Il rispetto di queste deve avvenire «per quanto possibile»: la norma risponde infatti al-

¹⁹³ Cons. Stato, 17.6.2003, n. 3405; 19.4.1974, n. 291; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 23.6.2000, n. 4598; F. Galgano, cit. a nota 4, sub art. 25, pp. 341 sgg.

¹⁹⁴ C. M. Bianca, cit. a nota 8, p. 353.

la *ratio* di «correggere l'estrema rigidità che deriverebbe dall'assoluto e invalicabile rispetto della volontà cristallizzata nell'atto di fondazione»¹⁹⁵.

16. La trasformazione

Parimenti, la volontà del fondatore costituisce limite alla trasformazione della fondazione, prevista dall'articolo 28, quando lo scopo è esaurito o divenuto impossibile o di scarsa utilità o il patrimonio è divenuto insufficiente. La trasformazione è pronunciata dall'autorità governativa, «allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore», in alternativa all'estinzione e non è quindi ammessa «quando i fatti che vi darebbero luogo sono considerati nell'atto di fondazione come causa di estinzione della persona giuridica e di devoluzione dei beni a terze persone».

La trasformazione, di competenza dell'autorità governativa, ha natura pubblicistica e non potrebbe quindi essere deliberata dagli amministratori della fondazione che possono soltanto proporla¹⁹⁶. La decisione di trasformazione ha carattere discrezionale e risponde al fine di evitare l'estinzione della fondazione.

La trasformazione attiene, di norma, allo scopo; può peraltro riguardare altri elementi, quali la sede o la fusione con altra fondazione¹⁹⁷.

A seguito della trasformazione la fondazione conserva tutti i diritti e obblighi preesistenti¹⁹⁸. La dottrina più moderna ritiene che la trasformazione determini la persistenza dell'ente originario¹⁹⁹, mentre altro orientamento ritiene trattarsi di soppressione di un ente con creazione di altro che gli succede *in universum ius*²⁰⁰.

La trasformazione, nonché il coordinamento di attività e l'unificazione di amministrazione non si applicano alle fondazioni di famiglia

¹⁹⁵ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 802.

¹⁹⁶ Cass., Sez. I, 19.10.1964, n. 2622; Cons. Stato, Sez. I, 10.8.1960, n. 1976.

¹⁹⁷ Cons. Stato, Sez. I, 24.1.1956; Cons. Stato, Sez. I, 12.2.1963, n. 260; Trib. Milano, 11.5.1956.

¹⁹⁸ Cons. Stato, Sez. I, 12.2.1963, n. 260.

¹⁹⁹ F. Galgano, cit. a nota 27, p. 8.

²⁰⁰ F. Ferrara, cit. a nota 8, p. 361.

(art. 28, c. 3). Lo scopo rivolto soltanto a una o più famiglie determinate esclude infatti la presenza di più enti che possano essere coordinati o unificati.

17. *L'estinzione*

Per i medesimi casi indicati per la trasformazione è alternativa l'estinzione della fondazione: quando lo scopo è stato raggiunto, o è divenuto impossibile (caso che ricorre quando l'ente ha perduto il proprio patrimonio o questo è divenuto insufficiente) e nei casi previsti nell'atto costitutivo e nello statuto (art. 27). A questi casi, espressamente menzionati dall'articolo 27, dedicato all'estinzione, si aggiungono: lo scopo divenuto di scarsa utilità, menzionato dall'articolo 28 che prevede la trasformazione quale alternativa all'estinzione; la nullità dell'atto costitutivo e la revoca del riconoscimento, individuati dalla giurisprudenza²⁰¹.

L'estinzione è accertata dalla stessa autorità competente al riconoscimento – la prefettura o la regione – su istanza di qualunque interessato o d'ufficio (art. 6 d.p.r. n. 361/2000). La dottrina, invero precedente al d.p.r. n. 361/2000, riteneva trattarsi di provvedimento costitutivo, analogamente al provvedimento di riconoscimento²⁰²; l'uso del termine «accerta» nella norma del decreto citato potrebbe ora fare propendere per la natura dichiarativa del provvedimento. Quest'ultimo è comunicato agli amministratori, che in conseguenza non possono compiere nuove operazioni, pena l'assunzione di responsabilità personale e solidale (art. 29)²⁰³, e al presidente del Tribunale cui spetta la nomina dei liquidatori (art. 11 disp. att. c. c.)²⁰⁴ e, chiusa la procedura

²⁰¹ App. Roma, 28.10.1986; Trib. Padova, 21.4.1988.

²⁰² P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 809.

²⁰³ Per «nuove operazioni» si intendono gli atti e le attività che esorbitano dagli obblighi e facoltà strettamente connessi con la finalità di liquidazione dell'ente; non vi rientrano quindi gli atti di ordinaria amministrazione (Cass., Sez. Un., n. 41/1959). L'ente non è vincolato agli atti compiuti in violazione di tale divieto, per i quali sussiste un difetto di legittimazione dell'ente (Cass., n. 3871/1968).

²⁰⁴ Il provvedimento ha natura di volontaria giurisdizione non rivolto a risolvere un conflitto su diritti (Cass., Sez. 1, 8.6.1999, n. 5632).

di liquidazione, agli uffici competenti per la cancellazione dell'ente dal registro delle persone giuridiche (art. 6, c. 2, d.p.r. n. 361/2000).

L'estinzione non determina quindi la cessazione dell'esistenza dell'ente, bensì il passaggio alla fase di liquidazione (art. 30 c. c.). L'ente rimane dunque titolare dei rapporti giuridici che a esso fanno capo fino all'esaurimento delle operazioni di liquidazione²⁰⁵.

La fase di liquidazione è regolata dalle disposizioni di attuazione del codice (artt. da 11 a 21). Essa è preordinata alla conversione in denaro del patrimonio ai fini del pagamento dei debiti: se il patrimonio non è sufficiente a tale fine si procede alla liquidazione generale dei beni, con applicazione delle norme dettate dalla legge fallimentare per la liquidazione coatta amministrativa, altrimenti si convertono in denaro i soli beni necessari a pagare i creditori.

I beni che residuano dopo la liquidazione sono devoluti secondo le previsioni dell'atto costitutivo o dello statuto o, in assenza di previsioni, mediante attribuzione da parte dell'autorità governativa a enti aventi fini analoghi (art. 31). La devoluzione è fenomeno successorio, relativo alla sistemazione dei rapporti giuridici dopo il venire meno del titolare; la dottrina prevalente ritiene trattarsi di successione a titolo universale²⁰⁶: è infatti previsto che si trasmettano anche i debiti non riscossi potendo i creditori chiederne il pagamento a coloro ai quali i beni sono stati devoluti entro un anno dalla chiusura della liquidazione in proporzione e nei limiti di quanto hanno ricevuto (art. 31, u. c., c. c.).

È discusso in dottrina il limite dell'autonomia statutaria circa la devoluzione dei beni. La tesi prevalente la ritiene limitata all'indicazione degli enti cui devolvere i beni, poiché lo scopo di pubblica utilità proprio della fondazione esclude che i beni possano tornare al fondatore o ai suoi eredi²⁰⁷. Un orientamento opposto ritiene non si possa escludere che i beni tornino al fondatore²⁰⁸: la tesi appare conseguenza dell'ammettere la fondazione non altruistica.

²⁰⁵ Cass., Sez. 2, 1.6.1993, n. 6099.

²⁰⁶ C. M. Bianca, cit. a nota 8, pp. 354-55.

²⁰⁷ F. Galgano, cit. a nota 27, 1989, pp. 8-9. L'autore cita come unico caso possibile del tornare i beni al fondatore la fondazione *holding*, che può essere un ente avente fini analoghi ai sensi dell'articolo 31.

²⁰⁸ R. Costi, cit. a nota 74, p. 14.

È stato comunque osservato lo spazio lasciato all'autonomia privata per la devoluzione dei beni, che si desume dall'avere riguardo in primo luogo allo statuto, nonché dalla norma che esclude la trasformazione quando il fatto è considerato nell'atto di fondazione come causa di estinzione o di devoluzione dei beni a terze persone (art. 28, c. 2, c. c.)²⁰⁹.

Si può osservare che la disciplina della devoluzione dei beni si applica anche alle fondazioni familiari, non essendo espressamente esclusa.

I beni dell'ente aventi una destinazione particolare, diversa dallo scopo dell'ente stesso, sono devoluti dall'autorità governativa a persone giuridiche aventi fini analoghi (art. 32 c. c.). Già al paragrafo 5 si è accennato a questa fattispecie che, secondo un orientamento dottrinale costituisce ipotesi di fondazione non riconosciuta.

18. *La trasformazione eterogenea in società di capitali*

La riforma del diritto societario (d.lgs. 17.1.2003, n. 6) ha introdotto nel libro quinto del codice civile la trasformazione eterogenea in società di capitali (art. 2500-octies): la fondazione (al pari di altri enti *non profit*) può essere trasformata in società di capitali con provvedimento dell'autorità governativa, su proposta dell'organo competente. Le azioni o quote sono assegnate secondo le disposizioni dell'atto di fondazione o, in mancanza, dell'articolo 31 in tema di devoluzione dei beni. La disposizione non si applica alle fondazioni bancarie (art. 223-octies delle norme di attuazione e transitorie). Parallelamente, è possibile la trasformazione da società di capitali a fondazione, con deliberazione dell'assemblea avente gli stessi effetti previsti dal codice con riferimento all'atto di fondazione o alla volontà del fondatore (art. 2500-septies). Questa previsione costituisce quindi una nuova forma di costituzione della fondazione, che si aggiunge all'atto costitutivo descritto al paragrafo 4 e alla quale è applicabile la stessa disciplina – titolo II del libro primo e d.p.r. n. 361/2000 in tema di riconoscimento – (art. 2500, c. 2).

²⁰⁹ A. A. Carrabba, cit. a nota 97, pp. 780-81.

Perplexità sono state avanzate in dottrina in ordine alla trasformazione eterogenea: gli enti *non profit* godono spesso di agevolazioni, specie fiscali; il loro fine è spesso rivolto a principi costituzionalmente tutelati ed espressione di valori più alti della finalità lucrativa che connota la società²¹⁰. Al riguardo si può osservare che l'articolo 223-octies delle norme di attuazione e transitorie limita espressamente la trasformazione alle associazioni e fondazioni costituite prima del 1° gennaio 2004 soltanto quando non comporta distrazione, dalle originarie finalità, di fondi o valori creati con contributi di terzi o in virtù di particolari regimi fiscali di agevolazione, nel qual caso è consentita solo se siano versate previamente le relative imposte. La disposizione limitativa, di carattere transitorio, opera peraltro per le fondazioni costituite prima del 1° gennaio 2004 e pare dettata dalla finalità di evitare elusioni di carattere fiscale. Diversamente, l'esclusione da parte della disposizione generale (a regime) della trasformazione per gli enti che hanno ricevuto contributi pubblici o liberalità o oblazioni del pubblico è prevista solo per le associazioni, per le quali può essere anche esclusa dall'atto costitutivo o, per determinate categorie di associazioni, dalla legge; una previsione analoga l'articolo 2500-octies non contiene per le fondazioni. La valutazione della trasformazione appare quindi demandata all'autorità governativa, in linea con la previsione dell'articolo 28 c. c. di cui si è detto al paragrafo 16.

Va inoltre menzionata la considerazione secondo la quale la trasformazione risponde al principio di conservazione dei patrimoni autonomi, che risulta consolidato a seguito della riforma societaria²¹¹ e

²¹⁰ In questo senso G. Baralis, cit. a nota 15, pp. 1108-09, che ammette la trasformabilità di ente *non profit* in società lucrativa nei soli casi di ente che svolga attività economica principale e non abbia goduto di agevolazioni e di trasformazione in società mutualistica se questa è inquadrabile negli enti *non profit*. L. De Angelis, «Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario», in *Rivista delle società*, 2002, p. 47, osserva si tratti di «trasformazioni anomale, o tutt'al più atipiche, giacché non ne inferirebbe un mutamento dello scopo in un determinato ente, ma addirittura un cambiamento della funzione economico-sociale del rapporto associativo, ossia della causa del medesimo».

²¹¹ G. Marasà, «Le trasformazioni eterogenee», in *Rivista del notariato*, I, 2003, pp. 585 sgg.

che la trasformazione tra enti aventi causa diversa, lucrativa per gli uni non lucrativa per gli altri, è stata ammessa per fattispecie considerate da pronunce giurisprudenziali²¹².

Relativamente all'ente trasformato, l'articolo 2498 c. c. prevede la continuità dei rapporti giuridici. La trasformazione è soggetta alla disciplina prevista per il tipo adottato e alla pubblicità relativa, nonché alla pubblicità richiesta per la cessazione dell'ente che effettua la trasformazione (art. 2500). La pubblicità segna anche il momento oltre il quale non può essere pronunciata l'invalidità dell'atto di trasformazione, salvo il diritto al risarcimento del danno eventualmente spettante ai partecipanti dell'ente trasformato e ai terzi danneggiati (art. 2500-bis). La trasformazione ha effetto dopo sessanta giorni dall'ultimo degli adempimenti pubblicitari, salvo che consti il consenso dei creditori o il pagamento dei creditori che non hanno dato il consenso. I creditori possono fare opposizione nei sessanta giorni (art. 2500-novies).

Il favore espresso dal legislatore verso le trasformazioni eterogenee porterebbe a non escludere le trasformazioni tra i diversi tipi di enti del settore non lucrativo²¹³.

Si discute se la trasformazione eterogenea possa essere argomento a sostegno dell'ammissibilità della fusione eterogenea, non prevista dalla riforma societaria nonostante la menzione nella legge delega (art. 7, l. 3.1. 2001, n. 366).

Già anteriormente alla riforma si riscontravano posizioni dottrinarie e giurisprudenziali volte ad ammettere le fusione eterogenea²¹⁴; per

²¹² Cass., 7.3.1977, n. 925; App. Torino, 25.3.1977; Trib. Trieste, 16.2.1988; Trib. Napoli, 30.3.1990; Trib. Udine, 31.1.1995 e 19.6.1995; App. Trieste, 20.10.1995; App. Potenza, 10.2.1996; Trib. Udine, 23.5.1996; Trib. Torino, 12.11.1996; App. Venezia, 24.5.1999.

²¹³ A. Fusaro, «Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee e altre interferenze della riforma del diritto societario sul "terzo settore"», in *Contratto e impresa*, 2004, p. 300; G. Baralis, cit. a nota 15, p. 1110; D. Vittoria, «Il cambiamento del tipo per gli enti del I libro del codice civile», in *Contratto e impresa*, 1992, p. 1149; Cass., 7.3.1977, n. 925.

²¹⁴ F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 1976, p. 224, che argomenta una libertà di fusione tra enti da previsioni legislative (art. 11 d.p.r. n. 600/1973) e pronunce giurisprudenziali (Cass., 30.9.1952, n. 2922).

contro, la mancata previsione in sede di riforma ha fornito argomentazione all'orientamento opposto²¹⁵. La tesi favorevole all'ammissibilità della fusione eterogenea può essere ora argomentata perpetuando l'orientamento della libertà di fusione tra enti ovvero collegando la fusione alla trasformazione eterogenea e quindi ammettendola nei limiti da questa stabiliti²¹⁶.

Nella giurisprudenza di merito Trib. Udine, decr. 14.8.1998; Trib. Ravenna, decr. 17.10.2002, relativi a incorporazione di società di capitali in ente non lucrativo.

²¹⁵ G. Marasà, «Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi», in *Rivista di diritto civile*, II, 1994, p. 311; Idem, «Le trasformazioni eterogenee», relazione al convegno «Principi civilistici nella riforma del diritto societario», Imperia, 26-27 settembre 2003. La tesi si basa, tra l'altro, sulla tipicità degli atti depositabili presso il registro delle imprese ai sensi degli articoli 2188, comma 1, del codice civile e 7 del d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581.

²¹⁶ In senso favorevole all'ammissibilità delle fusioni eterogenee a seguito della riforma A. Fusaro, cit. a nota 213, pp. 294-13; A. Zoppini, «Fusione eterogenea per incorporazione e riforma del diritto societario: parere *pro veritate*», in *Rivista del notariato*, III, 2004, pp. 1281-86, che per un'ipotesi concreta fa riferimento alle norme in tema di trasformazione eterogenea, di fusione e di enti del libro primo del codice civile.

Capitolo secondo

Le fondazioni costituite dal legislatore

19. *Le fondazioni costituite dallo Stato o da un ente pubblico*

Già si è accennato alla creazione, intervenuta all'incirca nell'ultimo decennio, di fondazioni da parte del legislatore statale e del contributo all'evoluzione dell'istituto imputabile a questo fenomeno. La fondazione, istituto dalla disciplina scarna, risulta strumento duttile, adattabile a esigenze diverse.

La costituzione di fondazioni da parte dello Stato, o più in generale del settore pubblico, può ritenersi ammessa, secondo il diritto privato, in assenza di previsioni di qualità determinate in capo al fondatore; secondo il diritto pubblico, la costituzione di fondazione è manifestazione di autonomia privata, ora pacificamente ammessa in capo all'ente pubblico²¹⁷.

La costituzione di una fondazione da parte dello Stato può avvenire, e spesso avviene, con provvedimento legislativo.

La fondazione costituita dallo Stato o da altro ente pubblico può appartenere alla sfera del diritto privato (al pari delle fondazioni di diritto comune), ovvero del diritto pubblico e in questo caso è ente di di-

²¹⁷ M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 492, sostiene che l'ente pubblico ha autonomia privata perché «è prima di tutto un ente (inteso come soggetto agente secondo il diritto comune), poi è pubblico». Diversamente, il Consiglio di Stato, in pareri non recenti, ha ritenuto che l'Amministrazione dello Stato può riconoscere persone giuridiche ma non costituirle *ex nihilo* (Sez. I, parere, 11.3.1958, n. 330) e che lo Stato e gli enti pubblici non possono partecipare, quali fondatori, a un atto notarile di costituzione di una fondazione privata (Cons. Stato, Sez. I, 19.12.1961, n. 2213).

ritto pubblico. La natura pubblica della fondazione dovrebbe essere, in linea di massima, riconosciuta dal legislatore²¹⁸, anche implicitamente²¹⁹. Quanto alla disciplina, la fondazione di diritto pubblico non ha una disciplina propria: a essa si applica quindi la normativa codicistica riferita, genericamente, all'istituto della fondazione²²⁰. Lo statuto, che contiene la disciplina fondamentale della specifica fondazione, potrà eventualmente seguire le indicazioni contenute in una determinata legge, applicabile alla fondazione. La distinzione appena menzionata (tra fondazioni di diritto privato e di diritto pubblico), accennata per completezza di trattazione, non assume rilevanza nel fenomeno che qui si considera, che consiste nella costituzione, da parte dello Stato, di fondazioni qualificate come private dalla stessa legge istitutiva.

Il ricorso all'istituto della fondazione da parte del settore pubblico rientra nella privatizzazione, ampio fenomeno dalle diverse manifestazioni consistenti nell'utilizzo di strumenti privatistici per l'esercizio di attività non autoritative, al fine di ridurre la sfera pubblica²²¹; agli enti, nell'ultimo ventennio all'incirca, è stata con preferenza attribuita la personalità giuridica privata²²². Nell'idea di operare con una mag-

²¹⁸ In analogia con quanto vale per gli enti pubblici, per i quali peraltro vi sono altri indici di riconoscimento, che non possono non ritenersi applicabili a un ente quale la fondazione.

²¹⁹ Ciò è sostenuto da A. Bardusco, cit. a nota 93, pp. 392-93.

²²⁰ In proposito A. Bardusco, cit. a nota 93, p. 390, rileva che l'istituto della fondazione «impegna trasversalmente il campo del diritto privato ed il campo del diritto pubblico».

²²¹ Il fenomeno è approfondito, tra gli altri, da M. Mazzamuto, *La riduzione della spesa pubblica*, Torino, 2000. S. Ristuccia, in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 19, precisa che «Il fenomeno della "privatizzazione" come riconversione delle forme giuridico-organizzative di diritto pubblico verso un diritto privato inteso come diritto comune è il concetto che spiega la riscoperta recente della fondazione».

²²² M. Basile, cit. a nota 18, p. 573, qualifica questa tendenza come «"liberalizzatrice", visto che risponde a scelte politiche di tutela di più forme di libertà: per lo Stato, dal peso di amministrazioni inefficienti e dai costi economici divenuti insopportabili; di libertà, per le medesime strutture, da controlli burocratici tanto inutili quanto ostativi per la loro indipendenza; di libertà, per i cittadini, di dare vita e partecipare ad organismi particolarmente foggianti».

giore efficienza si è perseguita l'autonomia gestionale dell'ente, intesa anche come distacco dall'apparato pubblico (e dalle sue regole): la privatizzazione è avvenuta con la trasformazione in società per azioni degli enti svolgenti attività lucrativa e la trasformazione in associazioni e, più spesso, fondazioni degli enti non svolgenti attività lucrativa.

In tale periodo, e in particolare negli anni più recenti, l'istituto privatistico più utilizzato dal settore pubblico è stato proprio la fondazione, per le sue stesse caratteristiche (assenza di scopo di lucro; pubblica utilità dello scopo²²³; interesse non imprenditoriale; disciplina scarna e adattabile alle esigenze del caso concreto) e per i caratteri comuni che presenta attualmente con l'associazione, come già si è detto.

L'utilizzo di questo istituto di diritto privato comporta – o dovrebbe logicamente comportare – la sottoposizione al regime di diritto privato, con conseguente riduzione, o venir meno, della sfera pubblica e, conseguentemente, dell'ingerenza del settore pubblico. Peraltro, lo Stato, nel costituire fondazioni mediante provvedimenti legislativi, ha, nella maggior parte dei casi, dettato una disciplina speciale e assegnato alla disciplina di diritto comune una funzione meramente integrativa.

Il fenomeno in parola, di ampie dimensioni, come si vedrà, non ha contribuito all'aumento del numero di fondazioni di diritto comune, bensì ha applicato norme speciali all'istituto privatistico, aumentando il numero degli enti privati sottoposti a un regime speciale.

Per questi casi sorge il problema se non vi sia un limite al dettare una disciplina speciale per una persona giuridica privata e se l'ordinamento previsto permetta la qualificazione effettiva dell'ente come fondazione di diritto privato, al di là della sua denominazione. La questione che si pone ha importanza, oltre che per un'analisi delle fondazioni costituite dal legislatore nel periodo abbastanza recente, anche per valutare se le fondazioni che sono sorte hanno rilevanza nell'evoluzione dell'istituto della fondazione, ciò che può dirsi soltanto laddove si appuri trattarsi effettivamente di enti aventi i caratteri della fondazione di diritto privato.

Il ricorso all'istituto della fondazione in settori già affidati alle cure di enti pubblici è, inoltre, dovuto all'esigenza di attrarre risorse pri-

²²³ Si vedano peraltro le riserve espresse al paragrafo 7.

vate: la necessità di contenimento della spesa pubblica ha comportato la destinazione di più limitate risorse pubbliche verso determinati campi di interesse pubblico, quale in primo luogo la cultura, ai quali i soggetti privati potrebbero contribuire (mecenatismo). La creazione di fondazioni, con apporto di risorse pubbliche e private, risulta in questi casi possibile anche in forza dell'evoluzione dell'istituto delineata nel paragrafo 6, dal patrimonio iniziale insufficiente e la previsione di entrate successive, fino agli elementi caratterizzanti la fondazione di partecipazione (adesione successiva, diverse categorie di soci).

Un'altra ragione giustificante la partecipazione dei privati, ancorché introdotta con il principale intento di fare affluire risorse, consiste nell'esigenza di gestioni efficaci ed efficienti per gli enti (principi a cui risulta oggi peraltro ispirata l'attività della pubblica amministrazione) mediante modelli in cui interagiscono soggetti pubblici che tradizionalmente svolgevano in proprio l'attività e soggetti privati aventi professionalità nello specifico settore: si tratta dei casi del *project financing* nelle infrastrutture e del volontariato nei servizi sociali e assistenziali.

Le descritte ragioni della privatizzazione si rinvencono tutte, o soltanto l'esigenza di operare secondo modelli privatistici, nei diversi casi di creazione di fondazioni *ex lege*, che di seguito si descrivono per quindi valutare se si tratti o meno, nei diversi casi, di privatizzazione effettiva e, quindi, di fondazione di diritto privato o di altro ente avente di questa soltanto la denominazione.

La costituzione di fondazioni *ex lege* riguarda due fattispecie: la trasformazione in fondazione di enti pubblici; la costituzione di nuovi enti.

20. La trasformazione di enti pubblici in fondazione.

Le casse di previdenza e assistenza di categoria

Il primo caso, in ordine cronologico, di trasformazione in persona giuridica privata di una categoria di enti, disposta con legge, riguarda enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza (casse di previdenza e assistenza di categoria), prevista dal decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509. La trasformazione non avviene *ope legis*, bensì necessita di deliberazione dei competenti organi di enti, adottata a

maggioranza qualificata dei due terzi dei componenti. Per la trasformazione l'articolo 1, comma 1, del decreto fissa il termine del 1° gennaio 1995; non contiene peraltro alcuna previsione per il mancato rispetto del termine.

La trasformazione in persona giuridica privata degli enti²²⁴, individuati dallo stesso decreto, è sottoposta alla condizione che essi non usufruiscano di finanziamenti pubblici o di altri ausili pubblici di carattere finanziario²²⁵.

La persona giuridica privata, senza scopo di lucro, diviene titolare di rapporti attivi e passivi e dei patrimoni dell'ente di previdenza, del quale continua l'attività; essa può essere, a scelta dell'ente stesso, un'associazione o una fondazione (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 509/1994, in conformità a quanto previsto dalla delega contenuta all'art. 1, c. 32 e 33, l. 24.12.1993, n. 537), a seconda che si intenda privilegiare l'aspetto dell'autoamministrazione dei contributi assicurativi o quello della gestione di un patrimonio finalizzato all'erogazione di prestazioni assicurative. Se viene scelta la forma della fondazione si tratterà di patrimonio a formazione progressiva, costituito dai versamenti periodici degli iscritti.

Contestualmente alla deliberazione di trasformazione l'ente adotta lo statuto dell'associazione o fondazione, ispirato ai criteri contenuti nel decreto legislativo. Infatti, questa persona giuridica privata è retta dal codice civile e dal decreto legislativo citato.

Le associazioni o fondazioni hanno autonomia gestionale, organizzativa e contabile per la quale il decreto stesso fissa limiti in relazione alla natura pubblica dell'attività svolta, consistenti nell'equilibrio di bilancio, nell'obbligo di revisione e certificazione contabile, in provvedimenti da adottare nel caso di disavanzo economico finanziario.

²²⁴ Cass., Sez. Un., 11.7.1997, n. 6323, ha ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie di lavoro relative al tempo precedente la trasformazione e del giudice ordinario per quelle relative al periodo successivo.

²²⁵ I finanziamenti pubblici diretti o indiretti, con esclusione di quelli connessi con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali, non sono consentiti agli enti trasformati (art. 1, c. 3, d.lgs. n. 509/1994, rispetto al quale erano state sollevate questioni di illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2, 3, 18 e 38 e, successivamente, agli artt. 2, 3, 18 e 38 della Costituzione, entrambe ritenute non fondate dalla Corte costituzionale).

La vigilanza sugli enti, attribuita al Ministero del lavoro (ora Ministero del lavoro e della previdenza sociale), di concerto con il Ministero del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze) e i Ministeri competenti a esercitare la vigilanza sugli enti trasformati, appare particolarmente penetrante: oltre a riguardare l'approvazione di statuto e regolamenti e le deliberazioni in materia di contributi e prestazioni, prevede anche la possibilità di formulare rilievi su atti di particolare importanza²²⁶, con richiesta di riesame da parte dell'ente entro un termine determinato, trascorso il quale l'atto diventa esecutivo. Questo controllo pubblico, particolarmente penetrante, come si è detto, mal si concilia con la natura privata dell'ente: ciò rende dubbia la reale qualificazione dell'ente come persona giuridica privata.

Infine, la Corte dei conti esercita il controllo generale sulla gestione delle assicurazioni obbligatorie.

Parimenti, è stata prevista la natura di fondazione per gli enti previdenziali dei soggetti che svolgono attività autonoma di libera professione il cui esercizio è condizionato all'iscrizione in appositi albi o elenchi (d.lgs. 10.2.1996, n. 103)²²⁷.

21. Segue - *Gli enti del settore musicale*

La trasformazione in fondazione di enti pubblici ha come caso paradigmatico gli enti che operano nel settore musicale, già enti pubblici disciplinati dalla legge 14 agosto 1967, n. 800, a opera del decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367²²⁸, emanato in attuazione della de-

²²⁶ Si tratta di: bilanci preventivi e conti consuntivi; note di variazione al bilancio di previsione; criteri di individuazione e di ripartizione del rischio della scelta degli investimenti così come sono indicati in ogni bilancio preventivo; delibere concernenti criteri direttivi generali (art. 3, c. 3, d.lgs. n. 509/1994).

²²⁷ Quale forma gestoria di previdenza per tali categorie è prevista, a scelta degli enti esponenziali a livello nazionale degli enti professionali, la partecipazione a un ente pluricategoriale avente la configurazione di cui al decreto legislativo n. 509/1994, ovvero la costituzione di un ente di categoria avente la medesima configurazione privatistica. Entrambi gli enti assumono la forma della fondazione.

²²⁸ La disciplina riguarda tutta la categoria degli enti. Norme particolari sono dettate dallo stesso decreto per l'Accademia di Santa Cecilia.

lega di cui all'articolo 2, commi 57, 58 e 59, della legge 28 dicembre 1995, n. 549.

Il decreto legislativo configurava la trasformazione come obbligatoria, con deliberazione adottata dall'organo dell'ente competente in materia statutaria, nella forma dell'atto pubblico, entro il termine e con le modalità stabilite dal decreto stesso, e approvata dall'autorità di governo competente in materia di spettacolo, di concerto con il Ministro del tesoro (ora Ministro dell'economia e delle finanze), determinante il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato.

Successivi interventi legislativi (dapprima il decreto legislativo 23 aprile 1998, n. 134, del quale è stata dichiarata illegittimità costituzionale con sentenza 13 novembre 2000, n. 503, e quindi la legge 26 gennaio 2001, n. 6) hanno configurato la trasformazione come coattiva: la trasformazione in fondazione e l'acquisto della personalità giuridica di diritto privato, a decorrere dal 23 marzo 1998, avvengono *ope legis* e non richiedono alcun provvedimento dell'ente che viene trasformato (art. 1 l. n. 6/2001). Si tratta di trasformazione di ente preesistente e non di estinzione degli enti e costituzione delle fondazioni²²⁹. Il nuovo ente subentra nei diritti, negli obblighi e nei rapporti attivi e passivi dell'ente, in essere alla data di trasformazione (art. 1 l. n. 6/2001); nello stesso senso l'art. 17 del d.lgs. n. 367/1996, norma analoga all'art. 2498 del codice civile riferito alle società di capitali²³⁰.

²²⁹ Cass., Sez. L, 5.8.2003, n. 11832.

²³⁰ Cass., Sez. L, 5.8.2003, n. 11832 ha precisato trattarsi non di estinzione di enti preesistenti e costituzione di nuovi soggetti con trasferimento ai secondi di rapporti attivi e passivi di cui i primi erano titolari, bensì di mera «trasformazione dei soggetti preesistenti in un diverso tipo di persona giuridica». Numerose pronunce delle Sezioni Unite della Corte, affermata la natura privatistica delle fondazioni, hanno ritenuto, per le controversie di lavoro, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per il periodo precedente alla trasformazione e del giudice ordinario per il periodo successivo alla medesima (11.6.2001, n. 7862; 12.11.2001, n. 14022; 1.12.2004, n. 22494). Ciò in conformità all'orientamento consolidato della devoluzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie inerenti i rapporti di lavoro dei dipendenti delle fondazioni, cui non sia attribuita personalità giuridica di diritto pubblico (Cass., Sez. Un., 22.12.1962, n. 3424; 12.11.1983, n. 6724; 29.4.1985, n. 2763). Per contro è stata affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per fondazioni cui è attribuita personalità giuridica di diritto pubblico (Cass., Sez. Un., 29.7.1987, n. 6552). La Suprema Corte specifica che la persona-

L'ente trasformato in fondazione adotta lo statuto, recante le indicazioni prescritte dall'art. 16 del codice civile e dal decreto legislativo n. 367/1996. Invero, l'autonomia statutaria risulta compressa dalle stesse previsioni del decreto legislativo. Ciò può dirsi, in particolare, rispetto allo scopo e agli organi della fondazione, che l'articolo 10, comma 2, conferisce all'autonomia statutaria, mentre altre norme del decreto legislativo già disciplinano compiutamente. La finalità («la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività») è infatti trattata dalla norma del decreto che precisa l'assenza di scopo di lucro e, per quanto concerne l'attività, la gestione dei teatri, conservandone il patrimonio storico-culturale, e la realizzazione di spettacoli, nonché il possibile svolgimento di attività commerciali e accessorie e l'operare secondo criteri di imprenditorialità ed efficienza e nel rispetto dei vincoli di bilancio. Relativamente agli organi, gli articoli da 11 a 14 ne fissano la disciplina compiuta, rispetto alla quale l'autonomia statutaria è ben scarsa, dovendo lo statuto rispettare, come si è detto, le disposizioni del decreto. Si riscontra pertanto l'anomalia di una persona giuridica di diritto privato, qual è la fondazione in parola, per espressa previsione dell'articolo 4 del decreto, nella quale una delle principali prerogative della fondazione, l'autonomia statutaria, è limitata da disciplina speciale²³¹.

La particolarità delle fondazioni di cui si tratta risiede proprio nell'essere disciplinate dal diritto speciale e dal codice civile soltanto per quanto non previsto dal diritto speciale. Merita esaminare brevemente gli aspetti che risultano disciplinati diversamente dalla disciplina civilistica.

Il procedimento di riconoscimento era regolato diversamente e con

lità di diritto pubblico della fondazione, in assenza di attribuzione della personalità di diritto pubblico, non è attribuibile per il solo perseguimento di fini non di lucro e la soggezione a controlli e ingerenza dell'autorità governativa (Cass., Sez. Un., 23.11.1985, n. 5812).

²³¹ Al riguardo G. Marasà, «Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato», 1998, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005, p. 192, osserva che «si percepisce la distanza abissale che separa il modello privatistico del codice civile dalle fondazioni musicali».

una previsione di una più ampia discrezionalità dell'autorità governativa (artt. 8 e 9): questo aspetto è però superato essendo intervenuta, come si è detto, la trasformazione *ope legis* (l. n. 6/2001).

Interessante appare l'attenzione del legislatore per l'attività della fondazione, con la specificazione dell'ammissibilità dello svolgimento, in conformità agli scopi istituzionali, di attività commerciali e accessorie (art. 3, c. 2)²³², ciò che è peraltro concordemente ammesso, ancorché non previsto, per la fondazione di diritto comune. Altrettanto può dirsi per l'assenza di beneficiari, che si desume dalla «destinazione totale degli avanzi di gestione agli scopi istituzionali, con il divieto di distribuzione di utili od altre utilità patrimoniali durante la vita della fondazione» (art. 10, c. 2), che ben può avvenire anche nella fondazione disciplinata dal codice civile²³³.

La divergenza di maggior rilievo rispetto alla fondazione disciplinata dal codice civile riguarda gli organi. Per le fondazioni musicali sono previsti più organi: presidente (art. 11), consiglio di amministrazione (art. 12), sovrintendente (art. 13), collegio dei revisori (art. 14). In conseguenza all'organizzazione, è stato osservato in dottrina che potrebbe trattarsi non di fondazione, bensì della figura residuale di «altre istituzioni di diritto privato»²³⁴, già previste dall'articolo 12 del codice civile; a questa norma fa riferimento la dottrina che ha elaborato la fondazione di partecipazione, che infatti ritiene che le fondazioni musicali rientrino in questo tipo di fondazione²³⁵. Ciò che pare rilevare, specie sul piano sostanziale, è la constatazione che la struttura organizzativa ricalca quella degli enti lirici e delle attività musicali prevista dalla legge 14 agosto 1967, n. 800, molte disposizioni della quale, del resto, sono riprodotte nel decreto legislativo n. 367/1996.

²³² Le attività accessorie hanno carattere strumentale e non comportano la qualifica di impresa commerciale.

²³³ G. Marasà, cit. a nota 231, p. 196, combina i due aspetti dello svolgimento dell'attività imprenditoriale e di assenza di beneficiari e osserva il non trattarsi della classica fondazione di erogazione e che «la finalità *lato sensu* altruistica potrà emergere soltanto in sede di estinzione» con indicazione dei criteri di devoluzione del patrimonio a enti che svolgono attività simili e di pubblica utilità.

²³⁴ La possibilità è avanzata, come ipotesi, da G. Marasà, cit. a nota 231, il quale peraltro conclude trattarsi di fondazioni.

²³⁵ E. Bellezza e F. Florian, cit. a nota 174, pp. 89-96.

Il diverso ordinamento degli enti musicali, operato con il decreto citato e le successive modificazioni, attiene, sostanzialmente, oltre alla trasformazione da ente pubblico in fondazione, alla partecipazione di soggetti pubblici e, soprattutto, privati che concorrono alla formazione del patrimonio iniziale o al finanziamento della gestione della fondazione (art. 6, c. 1, lett. b))²³⁶. L'apporto complessivo al patrimonio dei fondatori privati non può superare il 40 per cento del patrimonio stesso (art. 10, c. 3). La previsione ha una conseguenza relativa agli organi: «possono nominare un rappresentante nel consiglio di amministrazione fondatori che, come singoli o cumulativamente, oltre ad un apporto al patrimonio, assicurano per almeno due anni consecutivi un apporto annuo non inferiore all'8 per cento del totale dei finanziamenti pubblici erogati per la gestione dell'attività della fondazione, verificato con riferimento all'anno in cui avviene il loro ingresso nella fondazione, fermo restando quanto previsto in materia di composizione del consiglio di amministrazione»; la permanenza nel consiglio dei rappresentanti dei fondatori privati è subordinata all'erogazione del contributo annuo alla gestione (art. 10, c. 3)²³⁷.

Peraltro, la previsione dell'apporto dei soggetti privati non ha sortito gli effetti sperati²³⁸: conseguentemente, la già citata legge n. 6/2001 ha previsto che, «in attesa della partecipazione di soggetti pri-

²³⁶ Relativamente al contributo statale e, in particolare, al riparto delle risorse tra le varie fondazioni lirico-sinfoniche, determinato ogni triennio con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, è interessante notare che i criteri di ripartizione afferiscono non solo alla misura pregressa dei trasferimenti, ma anche all'attività progettuale e ai programmi della fondazione, al raggiungimento di obiettivi, agli investimenti destinati alla promozione del pubblico e alla formazione del pubblico giovanile, all'entità della partecipazione dei privati al patrimonio e alla gestione (art. 24 d.lgs. 367/1996). Dunque anche con riguardo al finanziamento statale delle fondazioni lirico-sinfoniche si rinviene la tendenza in atto a contribuire con preferenza a enti che mostrino capacità progettuali, con ricaduta sulla collettività.

²³⁷ La norma ha subito, nel tempo, successive modificazioni relative alla misura della partecipazione dei privati. In particolare la limitazione della partecipazione dei privati al patrimonio della fondazione nella misura del 40 per cento era originariamente prevista soltanto per il primo quadriennio.

²³⁸ Eccezione rispetto ad altri soggetti privati è rappresentata dalle fondazioni bancarie, che, tra l'altro, individuano nella fondazione musicale un'istituzione rappresentativa o comunque legata al territorio di riferimento.

vati alle fondazioni ai sensi e nei limiti del decreto legislativo, il consiglio di amministrazione delle medesime è nominato con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali» ed è formato, oltre che dal presidente (che ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 367/1996 è il sindaco del comune in cui la fondazione ha sede), da un componente designato dallo stesso Ministro, un componente designato dalla regione, due componenti designati dal sindaco, con eventuale modificazione dello statuto in conseguenza della partecipazione di soggetti privati alla fondazione, soggetta ad approvazione dell'autorità governativa (art. 2 l. n. 6/2001)²³⁹.

L'amministrazione della fondazione risulta dunque affidata a un organo che può essere esclusiva emanazione di enti pubblici, rappresentati indipendentemente dall'apporto finanziario; la futura ed eventuale componente privata potrà, previa modifica statutaria, nominare un rappresentante nel solo caso di partecipazione, oltre che al patrimonio, anche con l'apporto annuo di cui prima si è detto. Si noti che per la partecipazione dei soggetti privati al patrimonio l'articolo 10, comma 3, del decreto legislativo fissa il limite del 40 per cento del patrimonio stesso.

Sempre in tema di organi si può menzionare che il sovrintendente è nominato dal consiglio di amministrazione (art. 12)²⁴⁰ e che il collegio dei revisori è nominato dal Ministro del tesoro (ora Ministro dell'economia e delle finanze) di concerto con l'autorità di governo competente in materia di spettacolo (art. 14)²⁴¹. Il collegio esercita il con-

²³⁹ L'articolo 12 del d.lgs. n. 367/1996, dedicato al consiglio di amministrazione, demandava allo statuto la disciplina della nomina dei componenti prevedendo in ogni caso che nel medesimo fossero rappresentati l'autorità di governo competente per lo spettacolo e la regione, in misura indipendente dal loro apporto al patrimonio. La legge n. 800/1967 sui preesistenti enti lirici prevedeva che il consiglio di amministrazione fosse nominato dal Ministro e composto, oltre che dal presidente e dal sovrintendente, da rappresentanti di Comune, Provincia e Regione e altri enti locali, dal direttore del locale conservatorio, dal direttore artistico, da rappresentanti degli industriali e dei lavoratori dello spettacolo e dei musicisti.

²⁴⁰ La legge n. 800/1967 prevedeva la nomina con decreto del Ministro, su proposta del consiglio comunale della città sede dell'ente.

²⁴¹ Il collegio si compone di tre membri effettivi e un supplente, di cui un membro effettivo e un supplente designati in rappresentanza del Ministro del tesoro (ora Ministro dell'economia e delle finanze), un membro effettivo scelto tra gli iscritti

trollo sull'amministrazione della fondazione e ne riferisce almeno ogni trimestre all'autorità di governo competente in materia di spettacolo e al Ministro del tesoro (ora Ministro dell'economia e delle finanze).

Le fondazioni sono soggette a vigilanza governativa, che comprende lo scioglimento del consiglio di amministrazione e la nomina di un commissario straordinario. Tra i casi che determinano detto provvedimento, oltre a gravi irregolarità o violazioni di norme, figura la passività del conto economico, per due esercizi successivi, superiore al 30 per cento del patrimonio, elevata al 50 per cento per i primi due anni conseguenti alla trasformazione in fondazione, ovvero la previsione di perdite del patrimonio di particolari gravità.

È invece stata esclusa, già dall'articolo 15 del decreto legislativo n. 367/1996, l'autorizzazione governativa ad accettare donazioni o eredità o conseguire legati e prescritto che i beni devono essere venduti, salva loro destinazione diretta all'esercizio dell'attività della fondazione, entro due anni dall'acquisto. Ciò anteriormente alla legge 15 marzo 1997, n. 127, che ha abrogato l'articolo 17 del codice civile che richiedeva tale autorizzazione per le fondazioni.

La gestione finanziaria della fondazione è soggetta al controllo della Corte dei conti.

La fondazione può continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato (art. 1, c. 3, l. n. 6/2001).

Infine, altre divergenze rispetto alla disciplina della fondazione di diritto comune attengono all'obbligo della tenuta delle scritture contabili e di redazione del bilancio secondo le disposizioni previste per le società di capitali (artt. 2433 sgg. c. c.) anche quando la fondazione non esercita attività commerciale (art. 16) e, per la fondazione che

nel registro dei revisori contabili istituito presso il Ministero di grazia e giustizia (ora Ministero della giustizia) ed è presieduto dal rappresentante del Ministero del tesoro (ora Ministero dell'economia e delle finanze). Il collegio dei revisori degli enti lirici era costituito da quattro componenti effettivi e da quattro supplenti, designati tre, rispettivamente dal Ministro per il turismo e lo spettacolo (ora Ministro per i beni e le attività culturali), dal Ministro del tesoro (ora Ministro dell'economia e delle finanze) e dal Prefetto tra i funzionari delle rispettive Amministrazioni, e uno dal consiglio comunale tra persone estranee all'Amministrazione comunale, e non da essa dipendenti; il presidente è eletto dallo stesso collegio.

esercita attività commerciale, all'applicazione, in caso di insolvenza, della procedura di liquidazione coatta amministrativa con esclusione del fallimento (art. 20).

La comparazione della disciplina delle fondazioni musicali con l'ordinamento civilistico della fondazione e con la normativa riferita ai preesistenti enti lirici e delle attività musicali mostra, quindi, una sostanziale divergenza di queste fondazioni dalla fondazione di diritto comune e una scarsamente rilevante innovazione rispetto agli enti preesistenti. I contributi dei privati erano già annoverati tra le entrate degli enti lirici previste dalla legge n. 800/1967, mentre ora è prevista la loro partecipazione alla formazione del patrimonio; peraltro, la partecipazione di soggetti privati ha meri effetti sulla formazione del patrimonio, mentre ha effetti scarsi sull'organizzazione dell'ente, che «tiene conto solo tendenzialmente della pluralità di apporti al patrimonio»²⁴².

22. Segue - *Gli enti trasformati ai sensi della legge*
15 marzo 1997, n. 59

Considerazioni analoghe possono essere svolte con riferimento alla privatizzazione di specifici enti, in applicazione dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59, per la quale si prevedeva, tra i principi e criteri direttivi, la «trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico nonché di altri enti per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico» (art. 14, c. 1, lett. b)). La privatizzazione avviata con le leggi Bassanini era dunque informata allo scopo di mantenere la personalità di diritto pubblico nei soli casi in cui ciò sia necessario per la stessa missione e attività dell'ente, tendendo, in tutti gli altri casi, a una privatizzazione diffusa.

²⁴² F. Merusi, «La privatizzazione delle fondazioni tra pubblico e privato», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 108.

Rientrano in questo processo, segnatamente, enti operanti nel settore della cultura nel quale, come già si è detto a proposito degli enti lirici, più si verifica il contenimento della spesa pubblica e quindi la necessità di apporti privati. Si possono citare: il Centro Sperimentale di Cinematografia (d.lgs. 18.11.1997, n. 426); La Biennale di Venezia (d.lgs. 29.1.1998, n. 19, e 18.1.2004, n. 1)²⁴³; l'Istituto nazionale per il dramma antico (d.lgs. 29.1.1988, n. 20); il Museo Nazionale della Scienza e della Tecnica «Leonardo da Vinci» (d.lgs. 20.7.1999, n. 258); La Triennale di Milano (d.lgs. 20.7.1999, n. 279). Di tutti questi enti, già pubblici, è stata disposta con legge la trasformazione in fondazione da una data determinata, con subentro nei rapporti facenti capo all'ente preesistente, e specificata la personalità di diritto privato.

L'autonomia statutaria, anche per questi enti, come già si è detto con riferimento alle fondazioni musicali, appare compressa dalla previsione, da parte dello stesso decreto legislativo di trasformazione in fondazione, delle finalità e di aspetti in tema di organizzazione. La stessa autonomia privata appare, del resto, limitata dalla previsione di controlli pubblici piuttosto penetranti, nonché di interventi sostitutivi. Gli organi, nominati dal Ministro competente, sono a composizione esclusivamente o quasi esclusivamente pubblica, essendo la rappresentanza dei privati, per gli enti per i quali è prevista, successiva e subordinata alla partecipazione al patrimonio della fondazione in una misura determinata; è previsto che i componenti degli organi operino nell'esclusivo interesse della fondazione e senza vincolo di mandato nei confronti degli enti che li hanno designati. Anche i decreti citati prevedono espressamente l'esercizio di attività commerciale, il divieto di distribuzione degli utili, la devoluzione del patrimonio, in caso di estinzione, a enti che svolgano attività similari e a fini di pubblica utilità.^{*}

Il decreto legislativo relativo a «La Biennale di Venezia» prevede, inoltre, il tetto del 40 per cento per la partecipazione dei soggetti privati e la estende agli enti conferenti di cui al decreto legislativo n.

²⁴³ «La Biennale di Venezia», già ente pubblico, era stata originariamente trasformata nell'ibrida «Società di cultura» con decreto legislativo n. 19/1998; il successivo decreto legislativo n. 1/2004 ha disposto la sostituzione di tale denominazione con quella di «Fondazione».

356/1990; stabilisce che il Presidente sia nominato, come gli altri organi, con decreto ministeriale sentite le commissioni permanenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica (art. 8, c. 1, d.lgs. n. 19/1998) e che del Consiglio di amministrazione facciano parte il Sindaco di Venezia (che assume la Vice presidenza della fondazione), nonché i Presidenti della Regione Veneto e della Provincia di Venezia, o loro delegati; prevede che la fondazione sia disciplinata dal decreto di trasformazione e, per quanto da questo non previsto, dal codice civile. Particolare interesse presenta poi l'individuazione delle disponibilità finanziarie con le quali la fondazione «La Biennale di Venezia» provvede ai suoi compiti: oltre ai redditi del patrimonio e ai contributi ordinari, pubblici e privati, sono menzionati i contributi pubblici straordinari, i contributi a titolo di sponsorizzazione di soggetti pubblici e privati, i proventi di gestione e le entrate da attività commerciale (art. 19). Da ciò si desume che finalità della riforma sia delineare un ente la cui esistenza non deriva esclusivamente da contribuzioni ordinarie bensì anche da entrate la cui realizzazione dipende, sostanzialmente, dalle capacità manageriali della fondazione nel realizzare le attività cui è preposta.

23. Segue - *Le istituzioni di assistenza e beneficenza*

La trasformazione in persona giuridica privata delle istituzioni di assistenza e beneficenza è stata regolata relativamente di recente, dal decreto legislativo 4 maggio 2001, n. 207, ma può considerarsi avviata tempo prima, con la già citata sentenza della Corte costituzionale n. 396 del 1998, che era intervenuta sul regime di obbligatoria pubblicizzazione delle IPAB, già sorte da iniziative private *inter vivos* o *mortis causa* e disciplinate dalla legge n. 6972/1890. Nel ritenere costituzionalmente illegittimo il monopolio pubblico dell'assistenza per contrasto con l'articolo 38, ultimo comma, della Costituzione (e quindi l'art. 1 della l. n. 6972/1890), la Corte aveva ammesso che le IPAB potessero ridiventare persone giuridiche private perseguendo la via dell'accertamento giudiziale o della trasformazione in via amministrativa con il riconoscimento da parte dell'autorità statale o regionale²⁴⁴.

²⁴⁴ Già precedentemente Cons. Stato, Sez. IV, 16.5.1985, n. 189, aveva ritenuto

Peraltro, la stessa Corte costituzionale nella sentenza citata che, sul punto, richiamava la precedente n. 173 del 1981, sollecitava un intervento del legislatore per adeguare il regime delle IPAB alla mutata situazione, tanto che la trasformazione in persona giuridica privata secondo le modalità appena descritte poteva considerarsi un intervento della Corte per porre rimedio all'incoerenza con il sistema ormai propria delle istituzioni pubbliche nel settore dell'assistenza.

L'intervento del legislatore nella materia è avvenuto soltanto tempo dopo, con il decreto legislativo n. 207/2001, attuativo della delega contenuta nell'articolo 10 della legge 8 novembre 2000, n. 328.

Le IPAB, inserite nel programma integrato di interventi e servizi sociali, vengono trasformate in due diversi tipi di ente, a seconda dei caratteri, indicati dallo stesso decreto legislativo: in azienda pubblica di servizi alla persona (persona giuridica di diritto pubblico) ovvero in associazione o fondazione. Gli enti trasformati in entrambe le forme, pubblica o privata, conservano i diritti e gli obblighi anteriori al riordino e subentrano in tutti i rapporti attivi e passivi dell'ente preesistente.

La trasformazione avviene con provvedimento dell'ente, nella forma dell'atto pubblico, contenente lo statuto, nel rispetto delle originarie tavole di fondazione, da adottarsi entro il termine previsto dal decreto, decorso inutilmente il quale interviene in via sostitutiva la regione con la nomina di un commissario che provvede alla trasformazione (per le IPAB che operano in più regioni, la nomina è effettuata d'intesa tra le regioni); se le regioni non provvedono la nomina è effettuata dal Prefetto.

l'assistenza e beneficenza funzioni non riservate agli enti pubblici e ammesso il riconoscimento di fondazione avente finalità di beneficenza. In applicazione della sentenza della Corte costituzionale: Cass., Sez. Un., 18.11.1988, n. 6249; T.A.R. Marche 25.11.1991. La Cassazione a Sezioni Unite in numerose pronunce ha, secondo la fattispecie in esame, ravvisato il carattere pubblico di IPAB determinate, con conseguente devoluzione delle controversie sul rapporto d'impiego dei dipendenti al giudice amministrativo (17.4.1963, n. 944; 23.8.1973, n. 2380; 26.4.1979, n. 2379; 11.5.1979, n. 2678; 6.6.1979, nn. 3187, 3188, 3189 e 3190; 21.6.1984, n. 3655; 14.6.1985, n. 3565; 2.10.1993, n. 9830), o privato, con conseguente devoluzione al giudice ordinario (19.12.1989, n. 5667; 18.10.1990, n. 10149; 11.2.1993, n. 1735; 15.3.1999, n. 139; 1.3.2002, n. 3027).

Le associazioni o fondazioni sono persone giuridiche di diritto privato senza fine di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale, e perseguono scopi di utilità sociale. Esse sono regolate dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione; il procedimento di riconoscimento avviene ai termini del d.p.r. n. 361/2000.

La trasformazione in persona giuridica pubblica o privata consegue, pertanto, a una scelta dello stesso ente, ancorché effettuata secondo i criteri indicati dal legislatore. La trasformazione in persona giuridica privata non comporta la soggezione a disciplina di diritto speciale, a differenza di altre fattispecie che si sono esaminate; inoltre, il decreto che prevede la trasformazione non contiene esso stesso disciplina condizionante l'autonomia dell'ente (come avviene invece nelle altre fattispecie esaminate).

La disciplina della revisione statutaria indicata dal decreto legislativo n. 207/2001 risulta prevalentemente espressa in termini di «possibilità» per l'ente; mentre il decreto non contempla alcuna previsione cogente riferita all'organizzazione. Relativamente a quest'ultima, la norma riferita alla revisione statutaria indica la «possibilità» del mantenimento della nomina pubblica dei componenti degli organi dell'amministrazione già prevista negli statuti, esclusa comunque ogni rappresentanza e, relativamente alle fondazioni, la «possibilità» che il consiglio di amministrazione, che deve comunque comprendere le persone indicate dalle tavole di fondazione in ragione delle loro particolari qualità, possa essere integrato da componenti designati da enti pubblici o privati che partecipino alla fondazione con rilevanti risorse patrimoniali e finanziarie (art. 17). L'ingerenza del settore pubblico, quale disegnata dal legislatore, non appare penetrante: la presenza negli organi è soltanto eventuale, mentre nei medesimi è indicata la possibilità di presenza di soggetti, anche privati, che conferiscano risorse «rilevanti», senza indicazione, nella norma, di un limite quantitativo a tale presenza negli organi. Il controllo e la vigilanza, secondo la disciplina codicistica, sono attribuiti alla regione.

È stato affermato che la presenza nelle IPAB di rappresentanti pubblici potrebbe influenzare la decisione relativa alla trasformazione e la disciplina del nuovo ente²⁴⁵: il timore può apparire giustificato, an-

²⁴⁵ F. Merusi, cit. a nota 242, p. 86.

corché informato a una scarsa fiducia verso il perseguimento dell'interesse pubblico da parte di rappresentanti di nomina pubblica, che può essere basato sull'esperienza concreta. Va però osservato che, nel caso delle IPAB, è stata salvaguardata l'autonomia decisionale dell'ente, specie con l'assenza di una disciplina speciale: il sopradetto timore non si manifesterebbe forse in presenza di disciplina che, senza lasciare all'ente la scelta tra persona giuridica pubblica o privata, avesse essa stessa optato per la persona giuridica privata. Anche in questo caso, peraltro, i timori sopradetti sarebbero soltanto attenuati, in quanto comunque applicabili alle scelte dell'ente nell'esercizio dell'autonomia statutaria.

Sulla disciplina degli enti del settore assistenziale possono incidere interventi del legislatore regionale, nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva sulla materia.

24. Le fondazioni costituite ex novo. Le fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali

Altra fattispecie di fondazione prevista dal legislatore attiene, anziché alla trasformazione di enti, alla creazione di nuovi enti per i quali la legge prevede la forma della fondazione. Il caso più rilevante, per importanza e dimensione, è costituito dalle fondazioni di origine bancaria, alle quali il presente studio dedica apposito capitolo.

La fattispecie ricorre in campo culturale, nel quale si riscontra, come già si è detto a proposito degli enti lirici e di altri enti ai sensi della legge n. 59/1997, l'esigenza di un'autonomia organizzativa, gestionale e decisionale, con previsione, al contempo, della partecipazione di soggetti privati, che può avvenire anche con adesione successiva²⁴⁶.

Seguendo l'esempio di altri Paesi, nei quali la fondazione è istituito particolarmente utilizzato in campo culturale, anche da parte del settore pubblico²⁴⁷, il decreto di istituzione del Ministero per i beni e le

²⁴⁶ La fondazione è una delle manifestazioni della *partnership* pubblico-privato nella cultura, tema analizzato da C. Prele, *Il privato partner per la cultura*, Torino, 2002.

²⁴⁷ Si fa riferimento all'Olanda, dove i musei statali sono stati trasformati in fondazioni; lo Stato resta titolare dei beni e stipula con le singole fondazioni un contratto

attività culturali (d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368, emanato a seguito della delega contenuta nella già citata legge «Bassanini» n. 59/1997) individuava tre diverse forme di collaborazione tra lo stesso Ministero e soggetti pubblici e privati per la gestione dei beni culturali, una delle quali era, appunto, la fondazione costituita o partecipata dal Ministero (art. 10) secondo modalità e criteri che sono stati definiti dal regolamento emanato con decreto ministeriale 27 novembre 2001, n. 491²⁴⁸.

Quest'ultimo configura le fondazioni costituite o partecipate dal Ministero quali persone giuridiche di diritto privato, i cui atti costitutivi e statuti si conformano alle disposizioni di legge e del regolamento stesso. La partecipazione del Ministero avviene anche con il conferimento in uso dei beni culturali; il patrimonio, totalmente vincolato al perseguimento degli scopi statuari, è costituito dal diritto di proprietà su beni mobili o immobili, dai diritti d'uso sui beni mobili e immobili concessi dal Ministero, da lasciti, donazioni, erogazioni destinati dal disponente a incrementare il patrimonio.

La fondazione provvede ai suoi compiti, oltre che con introiti dal patrimonio, con contributi e assegnazioni, anche a titolo di sponsorizzazione, di soggetti privati, con proventi di gestione, con entrate da attività economiche o provenienti dalla gestione dei servizi aggiuntivi. L'organizzazione della fondazione, dettata dall'atto costitutivo e dallo statuto, è informata ai principi stabiliti dal regolamento, ossia al principio della distinzione tra organi con funzioni di indirizzo, di amministrazione, di consulenza scientifica e di controllo²⁴⁹, le cui com-

di gestione dei medesimi. Negli Stati Uniti la fondazione è nel campo culturale largamente diffusa, in corrispondenza alla diffusione della filantropia (si veda la nota 116); degne di rilevanza sono le *Private Operating Foundations* (C. Prele, cit. a nota 246, p. 78). È stato del resto evidenziato che negli Stati Uniti «l'impulso a costruire musei, scuole, ospedali, università proviene da cittadini privati e solo in un secondo momento del processo viene coinvolto il governo e sviluppati interessi for-profit, esattamente il contrario di quanto avviene nella maggioranza dei paesi europei e in Italia» (introduzione di V. Manes in *L'economia del bene* di C. Gaudiani, ed. ital. di *The Greater Good*, Milano, 2006, pp. 10-11).

²⁴⁸ Esempi sono costituiti dalla Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino e dal Centro Conservazione e Restauro «La Venaria Reale».

²⁴⁹ Si riscontra un'analogia con le previsioni relative alle fondazioni bancarie (art. 4 d.lgs. 17.5.1999, n. 153).

petenze sono indicate dallo stesso regolamento. A questi si può aggiungere un organo collegiale composto dai rappresentanti diversi dallo Stato con il compito di designare i propri rappresentanti negli organi e con funzioni propulsive e consultive.

La composizione degli organi è affidata all'autonomia statutaria, non compressa da disposizioni contenute nel regolamento che, al proposito e diversamente da altre fattispecie che si sono esaminate, non si preoccupa di prevedere la partecipazione di soggetti pubblici, bensì di assicurare l'apporto di personalità dotate di professionalità, competenza ed esperienza nei settori di attività della fondazione, in numero idoneo, designate o nominate conservando un'equilibrata rappresentanza dei soggetti che partecipano alla fondazione. Soltanto per l'organo di controllo il regolamento prevede, ferma restando l'autonomia statutaria, la partecipazione di un componente designato dal Ministero dell'economia e delle finanze e di uno dal Ministero per i beni e le attività culturali. Limitazioni più incisive all'autonomia statutaria, in tema di organi, potrebbero essere introdotte mediante l'esercizio della vigilanza da parte del Ministero, più ampia della vigilanza codicistica sulle fondazioni (art. 13 d.m. n. 491/2001) e consistente nell'adozione di atti di indirizzo di carattere generale riguardanti, tra l'altro, i criteri e i requisiti relativi alla partecipazione di soggetti privati alla fondazione. La vigilanza ministeriale può disporre la revoca della concessione in uso dei beni conferiti alla fondazione.

Anche per queste fondazioni è prevista la redazione del bilancio secondo le norme previste per le società di capitali e la contabilità separata dell'attività di impresa.

Il codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22.1.2004, n. 42) non ha inciso su tali disposizioni: la stessa legge delega (art. 10 l. 6.7.2002, n. 137) faceva, infatti, riferimento alla costituzione di fondazioni. Diversamente, la modifica al codice operata dal decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 156 ha abrogato il prima citato articolo 10 del decreto legislativo n. 368/1998 e ha formulato un nuovo testo dell'articolo 115 del codice, norma che prevedeva, quale ipotesi di gestione indiretta dei beni culturali, l'affidamento a soggetti, tra cui fondazioni, costituiti o partecipati dall'amministrazione proprietaria dei beni. Il nuovo testo prevede tuttora la partecipazione dell'amministrazione, anche con il conferimento in uso dei beni, a soggetti giuridici, costituiti da Stato, regioni o altri enti pubblici territoriali (dei qua-

li non è esplicitata la forma della fondazione) aventi il precipuo compito di elaborare e sviluppare i piani strategici di sviluppo culturale e che possono concedere i beni a terzi che ne curano la gestione. A questi soggetti giuridici possono partecipare, tra l'altro, persone giuridiche private senza fine di lucro a condizione che l'intervento nel settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto. Le modalità e i criteri della costituzione o partecipazione del Ministero a questi soggetti giuridici sono stabiliti con decreto ministeriale.

Appaiono dunque mutati i compiti affidati ai soggetti giuridici a partecipazione mista pubblico-privata nel settore dei beni culturali: il decreto ministeriale di attuazione potrà chiarire in merito ai caratteri e alla disciplina di questi soggetti. Un chiarimento potrà riguardare il tipo di ente, rientrando nell'ampia categoria dei «soggetti giuridici» contenuta nella norma. Merita al riguardo sottolineare che non solo gli articoli 112 e 115 del decreto legislativo n. 156/2006 non fanno riferimento alla fondazione, quale persona giuridica per l'esercizio di compiti da essi contemplati; l'articolo 112 al comma 4 prevede la possibilità di accordi per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e valorizzazione dei beni culturali e per l'istituzione di forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni. Questa recente norma potrebbe dunque essere letta nel senso di preferire forme giuridiche diverse dalla fondazione.

25. Segue - *Le fondazioni universitarie*

Ipotesi di fondazioni costituite dal legislatore sono le fondazioni universitarie previste dall'articolo 59, comma 3, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, secondo i criteri e le modalità stabiliti da disciplina regolamentare, il d.p.r. 24 maggio 2001, n. 254²⁵⁰.

²⁵⁰ Queste fondazioni non vanno confuse con le omonime «fondazioni universitarie» previste dai regi decreti 31 agosto 1933, n. 1592 e 4 giugno 1938, n. 1269, con lo scopo dell'incremento degli studi superiori e dell'assistenza agli studenti. Negli anni più recenti, per finalità specifiche, nel settore dell'università e della ricerca è stata prevista con prevalenza la costituzione di consorzi anche di diritto privato (in questo senso: art. 8 l. 19.11.1990, n. 341; art. 8 d.lgs. 29.9.1999, n. 381; art. 18 d.lgs. 4.6.2003, n. 127, che prevede varie figure, tra cui anche la fondazione). Il te-

Le fondazioni, costituite dalle università statali, singolarmente o in forma associata, sono persone giuridiche private senza fine di lucro disciplinate dal regolamento citato e, per quanto da esso non previsto, dal codice civile e relative norme di attuazione; il riconoscimento è disciplinato dal d.p.r. n. 361/2000.

Il regolamento contiene specificazioni alla disciplina codicistica, che non appaiono con essa in contrasto. Il contenuto dello statuto ricalca quello codicistico: peraltro l'atto costitutivo e lo statuto, deliberato dall'università, devono essere preceduti dal parere del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica (ora Ministero dell'università e della ricerca).

Le fondazioni perseguono i propri scopi con le modalità consentite dalla loro natura giuridica; sono ribaditi il divieto di distribuzione degli utili e la destinazione di utili, rendite o proventi agli scopi fondazionali. Questi ultimi sono volti all'acquisizione di beni e servizi alle migliori condizioni di mercato e allo svolgimento di attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca, restando in capo all'università le attività istituzionali.

Il legislatore ha dunque ritenuto che attività strumentali, che ha elencato all'articolo 2 del decreto, possano essere più agevolmente ed economicamente svolte in forma associata da parte di una persona giuridica privata, cui possono partecipare soggetti diversi. Lo stesso decreto individua diverse categorie di partecipanti alla fondazione: i «fondatori» (le università, le amministrazioni pubbliche e i soggetti privati individuati dall'università che abbiano accettato di contribuire, nella misura indicata dallo statuto, al fondo di dotazione iniziale e al fondo di gestione della fondazione); i «partecipanti istituzionali» (enti pubblici e soggetti privati che, previo gradimento della fondazione e dell'università, contribuiscono mediante contributi annuali o pluriennali in misura non inferiore a quella stabilita dal consiglio di ammini-

ma è approfondito da P. Rizzuto, «L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica», in *Contratto e impresa*, 2000, pp. 697-752. Le fondazioni universitarie di cui al d.p.r. n. 254/2001 sono esaminate da D. Marchetta, «Le nuove fondazioni universitarie», in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pp. 764-74, e da G. M. Riccio, «Le fondazioni universitarie. Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, N. 254», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2002, pp. 141-60.

strazione); i «partecipanti» (enti pubblici e soggetti privati che contribuiscono in via continuativa in misura non inferiore a quella stabilita dal consiglio di amministrazione). Gli apporti possono consistere in contributi in denaro, in attività o in beni materiali o immateriali.

Secondo quanto finora detto la fondazione appare organismo cui utilmente affidare lo svolgimento di attività strumentali già svolte dall'università, mantenendo l'università la partecipazione alla fondazione e beneficiando dell'apporto di altri soggetti, pubblici e privati.

Il legame tra la fondazione e l'università non potrebbe peraltro, essendo la fondazione un'autonoma persona giuridica di diritto privato, spingersi, come prevede l'articolo 12 del d.p.r. n. 254/2001, alla definizione, da parte dell'università, di linee guida dell'attività delle fondazioni e all'approvazione di piani di attività, con verifica dell'attuazione delle linee guida e, in caso di riscontrata irregolarità, nella revoca e sostituzione dei componenti designati dall'università nel consiglio di amministrazione.

Altrettanto contrastanti con l'autonomia sono le disposizioni del decreto dettate in tema di organizzazione e condizionanti l'autonomia statutaria. Gli organi risultano composti prevalentemente da membri designati dal settore pubblico: il presidente nominato dall'università; la maggioranza assoluta dei componenti del consiglio di amministrazione, presieduto dal presidente, designati dall'università e almeno uno dal Ministero; almeno un componente del comitato scientifico, presieduto dal presidente, designati rispettivamente dall'università e dal Ministero; componenti del collegio dei revisori, svolgente le funzioni del collegio sindacale, nominati dall'università e dal Ministero, i quali possono esaurire i componenti il collegio stesso qualora il numero dei nominati corrisponda al minimo previsto.

Il bilancio è redatto secondo le norme previste per le società e vige l'obbligo di tenuta delle scritture contabili.

26. Segue - *L'Istituto Italiano di Tecnologia*

Quale fattispecie di fondazione costituita a opera della legge si ricorda inoltre l'«Istituto Italiano di Tecnologia» (art. 4 d.l. 30.10.2003, n. 269, conv. in l. 24.11.2003, n. 326), avente lo scopo di promuovere lo sviluppo tecnologico e l'alta specializzazione tecnologica. La nor-

ma rinvia allo statuto la disciplina della fondazione, senza determinare criteri; prevede peraltro che lo statuto sia approvato con decreto del Presidente del Consiglio, sentiti i Ministri dell'istruzione (ora della pubblica istruzione), dell'università e della ricerca e dell'economia e delle finanze. Al patrimonio partecipano lo Stato e i soggetti pubblici e privati; altrettanto al finanziamento dell'attività. Peraltro, almeno in una prima fase, il patrimonio e le contribuzioni sono interamente a carico dello Stato (come si desume dalla stessa norma che detta disposizioni per il finanziamento dell'Istituto e dalla disposizione generale sul patrimonio che distingue tra «costituito» e «incrementato») e l'avvio delle attività è affidato a un commissario unico.

Le disposizioni ultime menzionate appaiono contraddittorie rispetto alla natura di fondazione dell'ente, che, del resto, è meramente citata dalla norma istitutiva dell'Istituto ma i cui caratteri per nulla si rinvencono nella disciplina che pare, al contrario, configurare un ente di diritto pubblico.

La fattispecie appena menzionata non è un caso isolato: in provvedimenti legislativi in materia di finanza pubblica (quale è il d.l. 30.9.2003, n. 369, conv. in l. 24.11.2003, n. 326) si riscontra spesso, negli anni recenti, la creazione di soggetti giuridici, talvolta per affrontare necessità contingenti, spesso con attribuzione della personalità giuridica di diritto privato (ciò che non può peraltro dirsi della fattispecie appena esaminata), al fine di consentire una maggiore libertà di azione e minori controlli, ma con caratteri non sempre rispondenti alla natura privatistica o alla specifica persona giuridica privata indicata dalla norma istitutiva²⁵¹.

27. Segue - La Fondazione Ordine Mauriziano

Un recente caso di fondazione costituita *ex lege* è, da ultimo, la «Fondazione Ordine Mauriziano», costituita con il decreto legge 19

²⁵¹ Possono essere ricordate a titolo esemplificativo, la Patrimonio dello Stato S.p.a. e la Infrastrutture S.p.a. costituite con decreto legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito in legge 15 giugno 2002, n. 112 (Infrastrutture S.p.a. è stata fusa per incorporazione nella Cassa Depositi e Prestiti dalla l. 22.12.2005, n. 266).

novembre 2004, n. 277, convertito in legge 21 gennaio 2005, n. 4. Si può ricordare che l'Ordine è contemplato nella Costituzione, all'articolo XIV, comma 3, delle disposizioni transitorie e finali, che dispone che esso «è conservato come ente ospedaliero e funziona nei modi stabiliti dalla legge».

Stante il grave stato di dissesto finanziario dell'Ordine Mauriziano, la legge, nell'ambito degli interventi per il riordino e il risanamento dell'Ordine, trasferisce alla Fondazione il patrimonio immobiliare e mobiliare dell'ente, come precisato dall'articolo 1, comma 1350, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, (legge finanziaria per il 2007), «con esclusione dei beni immobili e mobili funzionalmente connessi allo svolgimento delle attività istituzionali del presidio ospedaliero Umberto I di Torino e dei beni mobili funzionalmente connessi allo svolgimento delle attività istituzionali dell'Istituto per la ricerca e la cura del cancro di Candiolo» e potendo la proprietà dei beni immobili attribuita alla Fondazione essere trasferita a titolo oneroso ai valori di mercato alla Regione Piemonte. La legge costitutiva della Fondazione prevede la successione nei rapporti attivi e passivi già facenti capo all'ente con esclusione dei rapporti di lavoro del personale impegnato nelle attività sanitarie, che sono invece affidati a ente ospedaliero preordinato all'inserimento nell'ordinamento sanitario regionale.

Ancorché la Fondazione succeda nei rapporti precedentemente facenti capo all'Ordine Mauriziano e di questo le sia trasferito il patrimonio, essa non costituisce fattispecie di trasformazione di ente, in quanto all'Ordine faceva anche capo l'attività ospedaliera. Inoltre, lo scopo della Fondazione non è limitato alla gestione del patrimonio trasferito e alla conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale di sua proprietà, bensì comprende «il risanamento del dissesto finanziario dell'Ente... anche mediante la dismissione dei beni del patrimonio disponibile trasferito» (art. 2, c. 4). La Fondazione rappresenta, piuttosto, fattispecie di costituzione di fondazione *ex novo* con provvedimento legislativo, in quanto la sua costituzione e il suo stesso scopo appaiono riconducibili precipuamente al grave dissesto finanziario dell'ente e alla conseguente necessità di azioni di risanamento.

La Fondazione partecipa all'atto costitutivo e approva lo statuto di altra istituenda fondazione, a partecipazione pubblica (Ministero per i beni e le attività culturali, Regione Piemonte, altri enti pubblici territoriali o soggetti pubblici interessati) e privata, finalizzata alla con-

servazione e valorizzazione del patrimonio culturale di pertinenza sa-
bauda esistente nella Regione Piemonte. La partecipazione della Fon-
dazione avviene mediante il conferimento in godimento dei beni in-
dicati dalla stessa legge, trasferiti alla Fondazione e di notevole inte-
resse culturale.

28. La costituzione di fondazioni da parte di enti pubblici

La costituzione di fondazioni, descritta per lo Stato, è stata segui-
ta dalle regioni, con propri provvedimenti legislativi e applicata anche
dagli enti pubblici territoriali, per i quali è prevista dall'art. 113-bis
del testo unico n. 267/2000, introdotto dalla legge n. 448/2001, che
prevede, tra l'altro, che questi enti possano affidare i servizi culturali
e del tempo libero a fondazioni costituite o partecipate. La norma, de-
dicata alla gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza eco-
nomica, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte
costituzionale.

29. I caratteri pubblici delle fondazioni. I dubbi sulla natura privata

Dalla descrizione delle fattispecie di fondazioni costituite dalla leg-
ge e della loro disciplina si può notare, per la maggior parte dei casi,
come gli enti siano caratterizzati da un legame con la pubblica ammi-
nistrazione. Ciò si ricava, segnatamente, dalla massiccia (se non qua-
si completa) presenza pubblica negli organi (così le fondazioni musi-
cali, le fondazioni costituite ai sensi della legge n. 59/1997, le fonda-
zioni universitarie), dalla vigilanza pubblica penetrante (così gli enti
sorti dalla trasformazione delle casse di previdenza, le fondazioni co-
stituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali, le
fondazioni universitarie).

È infatti accaduto, pressoché in tutte le fattispecie che si sono esa-
minate, che il legislatore abbia creato enti dei quali ha espressamente
specificato la «personalità giuridica di diritto privato» e, nel dettare la
disciplina speciale, abbia inserito nelle fondazioni caratteri propri del-
la figura ma anche aspetti di natura pubblicistica (la disciplina degli

organi e dei controlli), ancorché giustificati dalla rispondenza alla pubblica utilità dello scopo e dai consistenti finanziamenti pubblici. Appare dunque doveroso esaminare se le fondazioni *ex lege* realizzino o meno una privatizzazione effettiva.

Fa eccezione a quanto si è detto la privatizzazione delle IPAB per le quali non è stata dettata una disciplina speciale e che possono quindi essere ritenute fondazioni non contrastanti con l'ordinamento civilistico.

La compatibilità di aspetti della legislazione speciale con la personalità giuridica privata è stata esaminata dalla Corte costituzionale nelle note sentenze nn. 300 e 301 del 2003 riferite alle fondazioni bancarie, che saranno quindi trattate nel capitolo terzo, dedicato a queste fondazioni; alcuni principi affermati dalla Corte possono essere qui anticipati stante la loro rilevanza per tutte le fondazioni costituite dal legislatore. La Corte, esclusa la natura pubblicistica di detti enti e chiarito il trattarsi di persone giuridiche di diritto privato, ha valutato la legittimità costituzionale delle norme censurate secondo il criterio di ragionevolezza e secondo il consolidato principio di dichiarare l'incostituzionalità soltanto laddove è «impossibile darne interpretazioni costituzionali». La Corte non ha sollevato rilievi in ordine alla nomina degli organi da parte di enti pubblici: ha precisato che la rappresentanza indicata dal legislatore con riferimento al rapporto che intercorre tra gli enti designanti e i soggetti designati va intesa nel senso di «un potere di designazione dei componenti dell'organo di indirizzo, potere che si esaurisce con il suo esercizio e che non comporta alcun vincolo di mandato a carico dei soggetti nominati, i quali agiscono, e devono agire, in assoluta e totale indipendenza dall'ente che li ha nominati» (sent. n. 301/2003). Relativamente all'emanazione di «atti di indirizzo di carattere generale» da parte dell'Autorità di vigilanza, la Corte ha ritenuto che essi non possano rientrare nella funzione di controllo e ha ritenuto la norma (art. 10, c. 3, lett. e), d.lgs. n. 153/1999) costituzionalmente illegittima.

Norma analoga a quest'ultima risulta prevista, come si è detto al paragrafo 24, per le fondazioni costituite o partecipate dal Ministero dei beni e attività culturali (art. 13 d.m. n. 491/2001). Gli atti elencati dalla norma non esorbitano dal normale controllo attribuito all'Autorità di vigilanza ma il carattere esemplificativo dell'elencazione («tra l'altro») non preclude l'emanazione di atti di diversa natura. Invero,

le fondazioni costituite o partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali, a differenza di altre fattispecie esaminate, non presentano altri problemi di compatibilità con l'istituto della fondazione e potrebbero, quindi, corrispondere all'istituto civilistico, salvo il dubbio sorgente dalla suindicata previsione, che potrebbe essere anch'esso escluso ricorrendo al criterio di ragionevolezza cui si ispira la Corte e ritenendo quindi il «tra l'altro» comunque limitato al controllo vero e proprio.

Anche l'osservazione della Corte costituzionale riferita agli organi potrebbe essere applicabile alle fattispecie descritte, molte delle quali espressamente specificano l'assenza di vincolo di mandato tra i componenti gli organi delle fondazioni e gli enti pubblici designanti.

Rimane peraltro il dubbio dell'effettiva natura privatistica di un ente la cui disciplina speciale comprime l'autonomia privata ed è fortemente caratterizzata dalla designazione pubblica degli organi, indipendentemente da proporzionalità con l'apporto al patrimonio, al quale possono partecipare soggetti privati. Invero, la Corte costituzionale ha, nelle stesse sentenze prima citate, ritenuto costituzionalmente illegittime le norme che appaiono in contrasto con l'ordinamento di una persona giuridica privata. Può dunque ritenersi che, qualora fosse chiarita la personalità privata delle fondazioni *ex lege*, le norme comprimenti l'autonomia privata delle medesime sarebbero passibili di dichiarazione di incostituzionalità.

In realtà, il legislatore, che pure ha espressamente affermato la personalità giuridica privata delle fondazioni, dettando una disciplina speciale e attribuendo alla disciplina codicistica un ruolo meramente integrativo, ha mostrato di voler costituire enti – che ha denominato «fondazioni» – con una disciplina speciale, sostitutiva di quella propria della figura civilistica. Così posta la questione, non sorge tanto il problema della compatibilità della disciplina speciale con la figura privatistica, quanto l'identificazione effettiva del tipo di ente regolato dalla disciplina speciale, indipendentemente dal *nomen iuris*²⁵². Più specificamente, si tratta di verificare la natura privatistica dell'ente. Questo assunto appare coerente con quanto seguito dalla Corte costituzionale,

²⁵² Secondo C. Ibba, *Le società «legali»*, Torino, 1992, non si può non attribuire rilevanza al conferimento della personalità giuridica di diritto privato.

che, in fattispecie relative a società per azioni a capitale interamente pubblico, rette da legislazione speciale, ravvisando in quest'ultima prevalenti elementi pubblicistici, ha ritenuto rilevante il criterio di identificazione sostanziale, anziché quello formale²⁵³.

È infatti noto come l'elemento identificativo del carattere pubblico di un ente «non può essere cercato tanto negli interessi (generalmente collettivi, ma non sempre propri dello Stato o prossimi a quelli dello Stato) che l'ente persegue, quanto nel regime (trattamento) che ai singoli enti faccia il diritto positivo (e cioè nell'aspetto formale)»²⁵⁴. Per l'identificazione degli enti pubblici sono stati individuati indici di riconoscimento, oltre all'«indice per antonomasia» costituito dalla designazione dell'ente come pubblico da parte della stessa legge. Essi sono: un sistema di controlli pubblici, un'ingerenza dello Stato, della regione o di altre pubbliche amministrazioni nella nomina dei dirigenti; la partecipazione dello Stato, regione o altre pubbliche amministrazioni alle spese di gestione con la devoluzione allo Stato o altro ente degli utili o da parte di essi; l'ammissione dell'ente ad avvalersi di servizi propri dello Stato²⁵⁵.

Parimenti, il problema dell'identificazione effettiva del carattere pubblico di un ente ha informato la disciplina comunitaria. Al fine di garantire la concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti pubblici nei

²⁵³ Corte cost., 19.12.2003, n. 363; 28.12.1993, n. 466 (quest'ultima decisione riguarda enti pubblici trasformati in società per azioni e regolati da disciplina speciale, che la Corte ha ritenuto rimanere soggetti al controllo della Corte dei conti; si noti che questo controllo è, per fattispecie di fondazioni *ex lege*, espressamente previsto).

²⁵⁴ A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 14^a ed., Napoli, 1984, p. 189.

²⁵⁵ A. M. Sandulli, cit. a nota 254, p. 189. L'Autore rileva la presenza degli enti privati di interesse pubblico (enti privati assoggettati a controlli pubblici per la rilevanza collettiva della loro attività) e degli enti pubblici economici (enti pubblici che operano in campo privatistico); riconosce, peraltro, che un ente o è pubblico, o è privato. Un'interpretazione più restrittiva ha informato alcune pronunce del Consiglio di Stato che hanno ritenuto necessarie la titolarità di pubblici poteri, l'autotutela e l'autodeterminazione di scioglimento, la qualificazione pubblicistica da parte del legislatore (Cons. Stato, Sez. IV, 19.3.1987, n. 137). Questa interpretazione è criticata, per la fondazione di diritto pubblico, da A. Bardusco, cit. a nota 93, p. 393, che in particolare rileva come la qualificazione pubblicistica possa essere implicita o risultante da atto costitutivo o statuto.

lavori, nei servizi, nelle forniture e nei cosiddetti settori esclusi (trasporti, acqua, energia e telecomunicazioni) evitando le politiche elusive rispetto alla normativa comunitaria²⁵⁶, il legislatore comunitario ne ha via via regolamentato le procedure, emanando una pluralità di direttive, coordinando le precedenti, sino alla più recente direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004²⁵⁷. Nella redazione di tali norme comunitarie è sorta l'esigenza di pervenire a una nozione di ente (od organismo) pubblico (o di diritto pubblico) comune a tutti gli ordinamenti nazionali degli Stati facenti parte della Comunità economica europea mediante l'individuazione di alcuni indici rivelatori²⁵⁸.

Sin dalle direttive degli anni novanta, secondo detta nozione, originariamente prevista nella direttiva 93/37/CEE e ora trasfusa nell'articolo 9, comma 2, della citata direttiva 2004/18/CE, per «organismo pubblico» si intende un organismo: «dotato di personalità giuridica» (privata o pubblica); «istituito per soddisfare specificamente esigenze di carattere collettivo, aventi carattere non industriale o commerciale»; «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico»^{259, 260}.

²⁵⁶ Così D. Marrama, «Contributo all'interpretazione della nozione di "organismo di diritto pubblico"», in *Rivista di diritto amministrativo*, VII, 2000, pp. 586 sgg.

²⁵⁷ La direttiva 2004/18/CE riunisce le tre direttive relative ai settori «classici»: la 92/50/CEE inerente ai servizi, la 93/96/CEE sulle forniture e la 93/37/CEE sugli appalti pubblici dei lavori.

²⁵⁸ V. Caputi Jambrenghi, «L'organismo di diritto pubblico», in *Rivista di diritto amministrativo*, 2000, p. 29.

²⁵⁹ Si può ritenere che le condizioni hanno carattere cumulativo (Corte di giustizia, sent. 15.1.1998, C-44/96; 1.2.2001, C-237/99; 12.2.2002, C-470/99; 15.5.2003, C-214/00; 16.10.2003, C-283/00).

²⁶⁰ La direttiva 2004/18/CE comprende gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico (Allegato III), che soddisfano i criteri indicati all'articolo 9, comma 2; gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione europea le modifiche intervenute nei loro elenchi. Tra le categorie indicate figurano, per quanto interessa il presente studio: istituzioni pubbliche di

L'ordinamento comunitario pare reagire all'aumentato ricorso a modelli privatistici con identificazioni dell'organismo pubblico che producono l'effetto di estendere a questi modelli l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria degli appalti²⁶¹.

Indubbiamente le fondazioni *ex lege* presentano gli indici elaborati dalla dottrina amministrativistica e dalle direttive comunitarie, rispettivamente, per l'ente pubblico e l'organismo di diritto pubblico²⁶². Ciò può agevolmente sostenersi per le fattispecie di fondazione sopra descritte i cui organi sono in assoluta maggioranza (se non in totalità) di nomina pubblica o il patrimonio è di provenienza pubblica. Del resto, le fondazioni *ex lege* sono costituite per attività in precedenza svolta (per le fondazioni sorte dalla trasformazione di enti) o che potrebbe essere svolta (per le fondazioni costituite *ex novo*) da enti pubblici.

La tendenza a «privatizzare», ossia, in questo caso, ad attribuire un determinato settore alle cure di una persona giuridica privata, ha condotto, nella maggioranza delle fattispecie esaminate, alla creazione di enti aventi caratteri propri dell'ente pubblico. Non è infatti stato adottato il modello fondazione previsto dal codice, bensì lo strumento fondazione al quale poi viene applicata disciplina speciale, il cui carattere privatistico è discusso. Si è dunque rivelata una privatizzazione fittizia²⁶³, consistita nella mera attribuzione della denominazione di un

assistenza e beneficenza; enti di ricerca e sperimentazione; enti che gestiscono forme obbligatorie di assistenza e beneficenza; enti preposti a servizi di pubblico interesse; enti pubblici preposti ad attività di spettacolo, sportive e del tempo libero; enti culturali e di promozione artistica.

²⁶¹ La giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. atti norm., 13.1.2003, n. 4751) ha ritenuto che la disciplina comunitaria si applica solo per quanto specificamente oggetto della direttiva, ossia per gli appalti (per un'applicazione: Cons. Stato, Sez. V, 22.4.2004), ma non incide sulla qualifica dell'ente nell'ordinamento nazionale.

²⁶² F. G. Scoca, «Le amministrazioni come operatori giuridici», in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, p. 511, osserva che la figura di organismo di diritto pubblico convive nel nostro ordinamento insieme alla figura dell'ente pubblico.

²⁶³ M. Basile, «Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in "fondazione"?», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996, p. 103, afferma che la «privatizzazione» indotta dal decreto sulle casse di previdenza e assistenza «è apparsa subito a tutti più formale che sostanziale». Con riferimento alle fondazioni musicali, G. Marasà, cit. a nota 231, p. 199, definisce la trasformazione «operazione priva di contenuti sostanziali». Nel «Libro Bianco

istituto privatistico, la fondazione, così ingenerando disordine giuridico e dubbi interpretativi. La duttilità di un istituto giuridico ha consentito di plasmare i suoi caratteri fino a farli pressoché coincidere con un soggetto giuridico nemmeno operante in campo privatistico²⁶⁴. Si può infatti ricordare che la giurisprudenza civile citata da Galgano per l'identificazione del carattere privato di un ente richiede tre requisiti: la nascita per iniziativa privata; l'operare con mezzi finanziari privati; la non sottoposizione a ingerenza o controlli esterni di carattere pubblico²⁶⁵.

Si tratterebbe quindi di enti pubblici, che autorevole dottrina qualifica «a fondo di dotazione associativo»²⁶⁶, dalla disciplina speciale e alternativa all'ente pubblico tradizionale.

La disciplina speciale e, in particolare, l'attribuzione nominalistica della personalità giuridica di diritto privato non dovrebbero consentire, con un'applicazione scrupolosa delle direttive comunitarie di cui si è detto, di sfuggire alla disciplina che garantisce il corretto svolgimento di attività, quale specificamente quella degli appalti. La giurisprudenza amministrativa, in varie pronunce, ha mostrato un'applicazione non restrittiva della nozione di organismo di diritto pubblico, con soggezione dell'ente alla disciplina comunitaria in materia di appalti²⁶⁷. La Corte di Cassazione, in una recente sentenza delle Sezioni

sulle Fondazioni in Italia» del Consiglio Italiano per le Scienze sociali, in *Queste istituzioni*, n. 127, 2002, p. 27, si parla di «privatizzazione spiccatamente formale, più che sostanziale».

²⁶⁴ Né potrebbe trattarsi di fondazioni di diritto pubblico le quali, come si è detto al paragrafo 19, sono in realtà enti pubblici.

²⁶⁵ F. Galgano, «Sulle cosiddette fondazioni bancarie, parere *pro veritate*», in *Contratto e impresa*, I, 1996, pp. 816-17.

²⁶⁶ F. Merusi, cit. a nota 242, p. 90.

²⁶⁷ Il Consiglio di Stato (Sez. V, 10.4.2000, n. 2078) ha rilevato che «il legislatore comunitario, introducendo questa figura, ha inteso ampliare la nozione di amministrazione aggiudicatrice»; la nozione di organismo di diritto pubblico «deve interpretarsi non già secondo dati meramente formali, ma sulla base di un criterio funzionale e sostanziale». Cons. Stato, Sez. II, 28.2.1996, n. 366; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. II, 26.10.1996, n. 327; T.A.R. Puglia, Sez. II, 23.4.1998, n. 367; T.A.R. Lazio, Sez. II, 20.5.1998, n. 962; T.A.R. Lombardia, Sez. III, 25.5.1998, n. 1119; T.A.R. Campania, Sez. I, 24.3.1999, n. 834; Cons. Stato, Sez. VI, 2.3.2001, n. 1206; Cons. Stato, Sez. V, 20.12.1996, n. 1577, hanno osservato che il concetto di pubblica amministrazione va inteso in coerenza con l'evoluzione subita dall'ap-

unite, ha riconosciuto il carattere di organismo di diritto pubblico alla Fondazione Accademia di Santa Cecilia, che presenta i requisiti previsti dalla direttiva comunitaria con conseguente applicazione della legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici e giurisdizione del giudice amministrativo per le relative controversie²⁶⁸.

La privatizzazione, ossia la riduzione della sfera pubblica, rimane, peraltro, in un aspetto: la partecipazione dei soggetti privati al patrimonio.

Senza esaminare il problema della partecipazione di soggetti privati a un organismo di diritto pubblico che potrebbe eventualmente sollevarsi ma che attiene alla specifica sfera amministrativa, è opportuno rilevare che è stato autorevolmente osservato che «Il successo di questa formula è affidato allo sviluppo del sistema economico in generale»²⁶⁹. L'attuale fase di debole intensità dello sviluppo economico potrebbe di per sé giustificare la scarsa partecipazione e i limitati risultati finora verificatisi. In realtà, dovrebbe fare riflettere la considerazione che negli enti in parola (e ci si riferisce in particolare alle fondazioni musicali) alla partecipazione al patrimonio non corrisponde una partecipazione negli organi²⁷⁰: questa limitazione del ruolo dei pri-

parato amministrativo tradizionale: vi rientrano quindi le figure soggettive tenute all'osservanza di regole di derivazione pubblicistica, per la realizzazione di interessi pubblici. La Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5.2.1999, n. 24, e 24.2.2000, n. 40, ha ritenuto irrilevante la qualificazione formale del soggetto secondo l'ordinamento interno. Per fattispecie di fondazione musicale T.A.R. Lombardia, Sez. III, 23.12.1999, n. 5049, ha ritenuto l'irrilevanza, ai fini dell'individuazione della giurisdizione, della natura privatistica della fondazione ogni qualvolta la fondazione possa essere considerata organismo di diritto pubblico, con conseguente applicabilità della disciplina comunitaria. Cons. Stato, Sez. VI, 23.1.2006, n. 182, ha ritenuto la personalità giuridica di diritto pubblico di Cassa di previdenza e di assistenza.

²⁶⁸ Cass., Sez. Un., 8.2.2006, n. 2637.

²⁶⁹ G. Guarino, cit. a nota 14, p. 66.

²⁷⁰ Il problema dell'apporto di soggetti privati alle fondazioni è, nel nostro Paese, «connaturato a un sistema che, da qualche tempo, ritiene necessari tali apporti, come anche una gestione caratterizzata da efficienza ed imprenditorialità, ma continua a disegnare le fondazioni a partecipazione pubblica senza impedire che le loro scelte possano essere soggette a condizionamenti politici, che possono avvenire, ad esempio, per la nomina dei rappresentanti negli organi o del rappresentante legale dell'ente, che talvolta non vengono individuati realmente in base alla capacità o professionalità che sarebbero auspicabili». Questo sistema «può costituire un

vati non può non incidere sui loro comportamenti in ordine alle erogazioni finanziarie alle fondazioni e ostacolare una sinergia tra le fondazioni e il mondo imprenditoriale che potrebbe rivelarsi utile per l'esercizio della stessa attività della fondazione, ispirata a criteri di efficienza e imprenditorialità.

A proposito delle fondazioni create dal settore pubblico, Guarino osserva che il loro successo dipende da due condizioni: la gestione affidata «esclusivamente e non in modo nominalistico bensì effettivo e reale, ad esponenti della società civile, autonomi rispetto alla classe politica»; «un patrimonio che risulti adeguato in modo pieno alla funzione assegnata». La mancanza di queste condizioni porta infatti a una penetrazione nell'ente della classe politica con possibile degenerazione analoga a quella già avvenuta per le partecipazioni statali²⁷¹. L'attuale ordinamento delle fondazioni *ex lege* rende difficile il verificarsi di queste condizioni.

Si verifica la tendenza, tipica del nostro ordinamento, a «privatizzare» conservando il pubblico, o le prerogative o l'ingerenza del pubblico; la tendenza a non scegliere, in modo drastico ed effettivo, tra pubblico o privato²⁷².

L'adesione alla tesi del trattarsi, sostanzialmente, di enti pubblici, potrebbe avere come conseguenza l'irrelevanza di questi enti nell'evoluzione dell'istituto della fondazione. Peraltro, occorre considerare che la legislazione speciale che disciplina queste fondazioni, oltre

deterrente per l'ingresso dei soggetti privati, oltre ad attenuare il ritorno di immagine che potrebbe loro derivare». Questa situazione va poi «combinata con una minore sensibilità dei soggetti privati rispetto ad altri Paesi, quali gli Stati Uniti, seppure aumentata negli ultimi anni», la quale è inoltre accentuata dalla «esiguità delle incentivazioni fiscali, spesso addotte quale causa della scarsa contribuzione dei privati alle fondazioni» (C. Prele, «Le fondazioni nell'evoluzione della società», in *Economia pubblica*, n. 3-4, 2006, pp. 78-79).

²⁷¹ G. Guarino, cit. a nota 14, p. 69.

²⁷² D. Sorace, «L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale», in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, pp. 62 sgg., afferma che «sembra... che per il diritto italiano sia giunto il momento di non rinunciare alla distinzione tra figure privatistiche e pubblicistiche ma certamente di procedere ad un riordino alla luce della propria Costituzione e di quella europea. E da prevedere che anche in questo caso se non ci penserà il legislatore provvederanno le Corti».

agli aspetti di ingerenza del settore pubblico sui quali ci si è appena soffermati, contempla gli elementi della fondazione in diritto comune (in particolare scopo e patrimonio) e tiene conto, o recepisce, l'evoluzione che l'istituto ha subito, della quale si è detto al capitolo primo. Si tratta dell'espressa previsione dello svolgimento di attività commerciale e di attività accessorie in conformità agli scopi istituzionali e i cui proventi sono destinati al finanziamento delle fondazioni, rimanendo fermo il divieto di distribuzione degli utili. Queste attività, condotte con imprenditorialità ed efficienza, nonché con risorse provenienti dai soggetti pubblici e privati, consentono lo svolgimento delle attività istituzionali delle fondazioni. Il patrimonio può essere inizialmente non sufficiente per lo svolgimento, nel tempo, delle attività della fondazione ed è, spesso, a formazione progressiva. Si tratta di una struttura corrispondente a quella della cosiddetta fondazione di partecipazione, modello per eccellenza in cui si realizza la *partnership* pubblico-privata ed espressione del principio di sussidiarietà.

Per certi aspetti le fondazioni *ex lege* presentano poi disciplina analoga a quella propria delle società di capitali (bilanci, organi di revisione).

La presenza, nella disciplina delle fondazioni *ex lege*, di un «residuo di sfera privata» non contemplato dalla legislazione speciale ma affidato al diritto comune, oltre all'espressa denominazione indicata dal legislatore, porta a ritenere, secondo Guarino²⁷³ il trattarsi di fondazioni, più precisamente di fondazioni di origine pubblica (in contrapposizione alla fondazione di iniziativa privata) a ciò non ostando l'applicazione del diritto pubblico per molti aspetti della vita delle fondazioni e, in particolare, della disciplina comunitaria degli appalti pubblici.

Si tratterebbe di fondazioni «atipiche» o «anomale»²⁷⁴, ancor prima che per la particolarità della disciplina anche per la costituzione e

²⁷³ G. Guarino, cit. a nota 14, pp. 55-56. L'Autore ritiene che trattandosi di fondazione di origine pubblica «è naturale che il patrimonio sia conferito nella totalità o in misura prevalente dalla pubblica amministrazione» e «che i componenti degli organi di gestione, in dipendenza dei conferimenti patrimoniali, siano in maggioranza od anche nella totalità di designazione pubblica».

²⁷⁴ M. V. De Giorgi, «Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2004, p. 646; C. Ibba, cit. a nota 252, p. 646.

lo svolgimento dell'attività. In effetti la «atipicità» di queste fondazioni è stata particolarmente sottolineata in dottrina: la costituzione è obbligatoria; la sfera di libertà e autonomia è limitata; il patrimonio è una «dichiarazione di "intenti" di soggetti pubblici e privati, di "voler concorrere" alla formazione di esso»; la disciplina codicistica ha carattere residuale²⁷⁵.

Si rinvergono, invero, dubbi che accomunano queste fondazioni alle fondazioni bancarie, anch'esse costituite dal legislatore ma trattate separatamente nel presente studio: per le fondazioni bancarie, tuttavia (si veda in proposito il paragrafo 46), le obiezioni e i dubbi sono stati superati da un'opera interpretativa sulla natura degli enti svolta dalla Corte costituzionale, che ne ha definitivamente dichiarato la natura privata. Soltanto un'analogia azione potrebbe chiarire le perplessità riguardanti le fondazioni trattate nel presente capitolo.

Nell'ambito del presente studio occorre peraltro considerare che il legislatore ha creato enti espressamente denominati «fondazioni» con disciplina speciale che contempla gli elementi caratterizzanti l'istituto, talora con innovazioni rispetto alla disciplina civilistica: ciò può essere considerato esigenza della moderna fondazione e potrebbe costituire un utile spunto di riflessione per una revisione della disciplina del diritto comune. È stato infatti osservato che la disciplina speciale è sicuramente meglio in grado di dare una disciplina più puntuale, precisa e aderente alle esigenze della singola figura²⁷⁶. Peraltro, il proliferare di discipline speciali indebolisce il modello di diritto comune e indica la necessità di una revisione del medesimo.

²⁷⁵ A. Di Majo, «Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro», in *Il corriere giuridico*, n. 1, 1997, p. 116. Con riferimento alla fondazione lirico-sinfonica l'Autore ritiene che tale fondazione *atipica* è «basata su elementi sconosciuti che non appartengono al tipo-fondazione»; se la suddetta fondazione fosse di diritto comune non otterrebbe il riconoscimento. Ugualmente critici E. Freni, «La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato», *Commento al d.lgs. 29.6.1996, n. 367*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 1996, pp. 1115-20, e G. Marasà, cit. a nota 231.

²⁷⁶ G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1209.

Capitolo terzo

Le fondazioni di origine bancaria

30. *Le fondazioni di origine bancaria*

La disamina delle fondazioni create dal legislatore svolta nel capitolo precedente va completata con l'esame delle fondazioni di origine bancaria, comunemente denominate fondazioni bancarie, che costituiscono anch'esse fattispecie di fondazione *ex lege*. A esse viene dedicata una specifica trattazione non soltanto per l'importanza che rivestono nel panorama giuridico ed economico del nostro Paese, ma soprattutto per i particolari tratti che ne caratterizzano la disciplina, i quali presentano differenze rispetto alla disciplina codicistica, nonché rispetto alla legislazione speciale riferita ad altre fondazioni costituite dalla legge, ciò che è naturale di qualsivoglia disciplina speciale. Alle fondazioni di origine bancaria è dedicata una disciplina puntuale e dettagliata, segno dell'attenzione del legislatore, che può offrire un punto di partenza per un'analisi sulla revisione dell'istituto civilistico.

Occorre peraltro sottolineare, con riferimento all'ampia categoria di fondazioni che questo studio raggruppa sotto il comune denominatore della costituzione a opera del legislatore, quali enti creati *ex novo* ovvero enti sorti dalla trasformazione di enti preesistenti, che una prima fondamentale differenza risiede nella stessa genesi delle fondazioni: mentre le fondazioni trattate al capitolo secondo rispondono, sinteticamente, al ricorso all'istituto della fondazione per l'esercizio di funzioni tradizionalmente svolte, o che potrebbero essere svolte, dal settore pubblico, anche al fine di attrarre risorse private verso l'esiguo patrimonio della fondazione, le fondazioni bancarie sono il frutto di una scelta legislativa riguardante la privatizzazione del settore del cre-

dito²⁷⁷ che ha portato, attraverso diverse tappe, alla creazione di enti dotati di patrimoni consistenti, dalla ormai dichiarata natura privata, non più appartenenti al settore del credito bensì facenti parte del mondo *non profit*²⁷⁸, il quale assume conseguentemente una mutata configurazione.

31. *La legge 30 luglio 1990, n. 218 e il decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356*

La riforma del sistema bancario – ora compiuta con l’emanazione del testo unico approvato con decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che ha quasi interamente abrogato la legge bancaria approvata con regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, convertito in legge 7 marzo 1938, n. 141 – ha avuto come momento fondamentale la ristrutturazione degli istituti di credito di diritto pubblico a opera della legge 30 luglio 1990, n. 218, cosiddetta legge Amato. La legge rispondeva a indirizzi espressi in sede comunitaria (direttive CEE 77/780 e 89/646)²⁷⁹, nonché a sollecitazioni della Banca d’Italia contenute in libri bianchi²⁸⁰, che suggerivano per le banche pubbliche il

²⁷⁷ L’inquadramento, la necessità e l’importanza preminente della privatizzazione del settore del credito nel processo di privatizzazione generale sono espressamente affermati da R. Prodi, in *Un modello strategico per le privatizzazioni*, Bologna, 1992, pp. 851 sgg.

²⁷⁸ Si tratta di un «fenomeno contingente» di conformazione di enti già esistenti e «storicamente esaurito», in quanto non si avrà in futuro la trasformazione di altri enti (E. del Prato, «Fondazioni bancarie e categorie civilistiche», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2002, p. 750). G. Alpa, «Note minime sul patrimonio delle “fondazioni bancarie”», in *Vita notarile*, I, 1999, p. 501, osserva che «nel momento in cui gli enti conferenti avranno dismesso completamente le partecipazioni bancarie, la loro origine bancaria rimarrà consegnata alla storia per così dire individuale di questi enti».

²⁷⁹ Le direttive hanno a oggetto «l’accesso all’attività degli enti creditizi ed il suo esercizio» e stabiliscono l’armonizzazione delle condizioni di autorizzazione, delle condizioni di esercizio dell’attività, nonché di altri strumenti al fine di favorire il mercato internazionale.

²⁸⁰ Banca d’Italia, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive*, Roma, 1981; Idem, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi, L’adozione del modello della società per azioni*, Roma, 1988. Sinteticamente, il primo libro bianco

modello della società per azioni, squisitamente privatistico e ritenuto più adatto per l'attività imprenditoriale^{281, 282}.

La legge n. 218/1990 dispone che gli istituti di credito «possono effettuare trasformazioni ovvero fusioni con altri enti creditizi di qualsiasi natura, da cui, anche a seguito di successive trasformazioni o conferimenti, risultino comunque società per azioni operanti nel settore del credito» (art. 1, c. 1). Le operazioni, deliberate dagli organi competenti in materia di modifiche statutarie, sono approvate con decreto dal Ministro del tesoro che ne accerta la rispondenza alle esigenze di razionalizzazione del sistema creditizio (c. 2). I suddetti trasferimenti, fusioni e conferimenti, configurati come facoltativi, risultano incentivati dalla normativa fiscale. La legge, delegando il Governo a emanare apposite disposizioni, prevedeva la distinzione tra la società per azioni esercitante l'impresa bancaria e l'ente conferente avente ad oggetto «la gestione di partecipazioni bancarie e finanziarie dirette ed indirette» e scopo che «si ispiri alle finalità originarie dell'ente» (art. 2, c. 1, lett. c))²⁸³.

Il conseguente decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, ribadisce il carattere facoltativo delle operazioni di ristrutturazione (art. 1, c. 1, «possono»), che esso disciplina, e prevede per gli enti aventi il

proponere l'emissione di titoli atipici che potevano produrre un'ingerenza privata nell'ente e la distinzione tra indirizzo e gestione; il secondo libro bianco proponeva la costituzione di una società per azioni, che per gli enti con fondo di dotazione a composizione associativa considerava soci i conferenti del capitale dell'ente e per gli altri lo scorporo dell'azienda bancaria conferita a una società per azioni appositamente costituita e la detenzione delle partecipazioni in capo all'ente pubblico.

²⁸¹ In particolare il secondo libro bianco osserva che la veste societaria assicura all'impresa bancaria «una posizione istituzionale più favorevole» e di «operare in un contesto di accresciuta concorrenzialità» anche nel mercato internazionale; esso espressamente sollecita un intervento legislativo volto alla trasformazione degli istituti di credito pubblico in società per azioni.

²⁸² Per gli istituti di credito pubblico il passaggio da ente pubblico a società per azioni è comunque riconducibile al ripensamento del ricorso all'ente pubblico economico e all'impresa pubblica, che ha caratterizzato i precedenti venti-venticinque anni, segnando la preferenza per modelli interamente privatistici.

²⁸³ T.A.R. Lazio, Sez. I, 26.7.1994, n. 732, osserva «l'interesse pubblico alla assoluta separatezza fra la fondazione e l'azienda bancaria» introdotto nell'ordinamento dalla legge n. 218/1990 e dal decreto legislativo n. 356/1990.

fondo di dotazione a composizione associativa la possibilità di trasformazione in società per azioni ovvero fusioni da cui risultino società per azioni, quale alternativa al conferimento dell'azienda bancaria²⁸⁴ in società per azioni. Gli istituti di credito erano infatti eterogenei: gli enti a struttura associativa (le Casse di risparmio, tra di loro di diversa origine) svolgevano infatti, oltre a un'attività creditizia, anche attività altruistiche²⁸⁵.

In ottemperanza allo sdoppiamento tra società bancaria ed ente conferente disposto con la legge delega il decreto dedica due titoli, rispettivamente, agli enti pubblici conferenti (titolo III) e alle società bancarie (titolo IV), sui quali hanno pesantemente inciso disposizioni successive: gli enti conferenti, ossia gli enti «che hanno effettuato il conferimento dell'intera azienda» (art. 11, c. 1)²⁸⁶, specificamente di interesse alla presente trattazione, sono poi stati oggetto di completa riscrittura da parte del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, che ha abrogato le norme del titolo III, mentre sul titolo II ha inciso il testo unico delle leggi bancarie.

Gli enti conferenti mantengono uno stretto legame con l'azienda bancaria: sono configurati come gli enti che amministrano la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria «finché ne sono titolari», non esercitano direttamente l'impresa bancaria, né detengono partecipazioni di controllo in imprese bancarie o finanziarie diverse dalla società conferitaria, nelle quali possono acquisire o cedere partecipazioni di minoranza; per il caso l'ente perda il controllo della società conferitaria il decreto prevedeva autorizza-

²⁸⁴ Cass., Sez. L, 2.5.1997, n. 3768, ha ritenuto che il conferimento dell'azienda bancaria è successione a titolo particolare comprendente la successione nei rapporti di lavoro del personale dell'originario ente.

²⁸⁵ Come ha osservato il Presidente dell'ACRI, nelle Casse di risparmio «convivevano due anime: quella rivolta all'esercizio del credito e quella dedicata ad interventi di utilità sociale nei confronti delle comunità di riferimento, realizzati grazie al fatto che per i soci non c'era ripartizione dei dividendi derivanti dall'attività economica, ma gli utili venivano destinati alla beneficenza, oltre che alle riserve che progressivamente hanno fatto crescere i patrimoni delle Casse» (G. Guzzetti, Relazione introduttiva al 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno 2006, dattiloscritto, p. 2).

²⁸⁶ Non si rinvencono casi di scorporo parziale, ipotesi sconsigliata dalla Banca d'Italia per ragioni di opportunità tecnica.

zioni del Ministro del tesoro e la possibilità di acquisto di altra partecipazione di controllo in una società bancaria; era prevista, in via transitoria, la continuità operativa tra l'ente conferente (a cui «continuano ad applicarsi le disposizioni di legge relative alle procedure di nomina degli organi amministrativi e di controllo» (art. 11, c. 2)) e la società conferitaria mediante la presenza di componenti di organi dell'ente conferente in organi della società conferitaria (art. 12, c. 1, lett. c))²⁸⁷; gli enti dovevano costituire una riserva finalizzata alla sottoscrizione di aumenti di capitale nelle società conferitarie; i proventi di natura straordinaria non destinati a tale riserva «possono essere utilizzati unicamente per la realizzazione di strutture stabili attinenti alla ricerca scientifica, all'istruzione, all'arte e alla sanità»; gli enti erano soggetti alla vigilanza del Ministero del tesoro.

Il decreto distingue tra enti aventi il fondo di dotazione a composizione non associativa ed enti aventi il fondo di dotazione a composizione associativa. I primi «perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte e della sanità», possono mantenere «le originarie finalità di assistenza delle categorie sociali più deboli» e possono compiere «le operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari... necessarie e opportune per il perseguimento di tali scopi». I secondi, che abbiano effettuato il conferimento dell'intera azienda, perseguono fini associativi che vengono fissati nello statuto, tenuto conto degli scopi originari.

Nelle finalità pubbliche e di utilità sociale si rinviene un primo accenno agli scopi degli enti che saranno dettati dal decreto legislativo

²⁸⁷ Il Consiglio di Stato (Sez. IV, 15.10.1999, n. 1574) ha chiarito che nella fase transitoria l'articolo 12, comma 1, «era diretto a garantire non il principio di separazione tra ente conferente e società conferitaria, bensì quello della continuità operativa tra gli stessi, e a prescrivere non l'incompatibilità delle cariche, bensì la disciplina del cumulo». T.A.R. Lazio, Sez. 1, 26.7.1994, n. 732, osserva che la norma, derogatoria e temporanea, è espressione dell'interesse pubblico alla separazione tra fondazione e azienda bancaria. Invero, la disciplina del cumulo delle cariche era deferita agli statuti: la dottrina interpretava tale rinvio agli statuti come previsione di limiti, ma non vera e propria incompatibilità o divieto assoluto di cumulo. Nel senso della legittimità del divieto di cumulo T.A.R. Lazio, Sez. 3, 26.7.1994, n. 1184. Progressivamente nella direzione del divieto di cumulo andranno la direttiva Dini e il d.lgs. n. 153/1999.

n. 153/1999 e che oggi connotano gli stessi²⁸⁸. Del resto, originariamente, erano curati da un unico ente, l'ente pubblico creditizio, due attività: l'attività creditizia di raccolta del risparmio e della concessione del credito e l'attività filantropica²⁸⁹.

Una prima applicazione delle finalità di utilità sociale degli enti conferenti si ebbe con l'articolo 15 della legge n. 266/1991 (legge quadro sul volontariato) che detta l'obbligo degli enti conferenti di prevedere nei propri statuti la destinazione di una quota non inferiore a un quindicesimo dei propri proventi, al netto della riserva per aumenti di capitale, alla costituzione di fondi speciali presso le regioni al fine di istituire, per il tramite degli enti locali, centri di servizio a disposizione delle organizzazioni di volontariato e da queste gestiti, con la funzione di sostenerne l'attività. Prevede inoltre, per il periodo transitorio fino al compimento delle operazioni di ristrutturazione, che le Casse di risparmio dovessero destinare alle medesime finalità un decimo delle somme destinate alle opere di beneficenza e di pubblica utilità²⁹⁰.

²⁸⁸ G. Baratti, «Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005, p. 22, osserva che la scelta di principio del legislatore è stata «la destinazione del pacchetto azionario, frutto dello scorporo, a patrimonio strumentale per la realizzazione dei fini pubblici presenti negli enti, in precedenza secondari rispetto al fine principale di gestire un'attività creditizia». L'Autore osserva altresì che il legislatore delegato non ha creato una società per azioni condizionata da una *holding* bancaria e si è discostato dalla legge delega che «sembrava stabilire il contrario».

²⁸⁹ Notazioni critiche verso l'attività filantropica sono espresse da A. Gentili, «Le origini delle Casse di Risparmio e la formazione del quadro normativo degli enti conferenti», in Atti del convegno di Roma, 31 gennaio 1995, Roma, 1995, pp. 45 sgg., secondo il quale l'attività filantropica non caratterizzava l'ente ma si aggiungeva all'attività di raccolta del risparmio e di concessione del credito secondo un modello non specificamente speculativo (a differenza delle banche commerciali) e in ciò consisteva il sostegno alle categorie più deboli.

²⁹⁰ Tale destinazione produce la costituzione di un patrimonio separato, di pertinenza degli stessi enti e casse (art. 2, c. 1, d.m. 21.11.1991, che ha stabilito le modalità di attuazione della disposizione dell'art. 15 della l. n. 266/1991, poi abrogato e sostituito dall'art. 2, c. 1, d.m. 8.10.1997).

La Corte costituzionale, nel respingere le censure di illegittimità costituzionale sollevate avverso la disposizione citata, ha osservato, nella sentenza 31 dicembre 1993, n. 500, che gli enti conferenti sono configurati dal decreto legislativo n. 356/1990 come enti «non più con scopo di lucro», con «fini di interesse pubblico e di utilità sociale» e «fra le conseguenze di quella scelta» rientra la previsione della legge sul volontariato che «ha rispettato in modo sufficientemente equilibrato l'ambito di autonomia decisionale e statutaria degli enti».

Come si è detto, il decreto legislativo n. 356/1990 privatizza l'attività bancaria, svolta da una società per azioni, e mantiene il controllo pubblico sulle società bancarie²⁹¹, dovendo la maggioranza delle azioni con diritto di voto nell'assemblea ordinaria appartenere direttamente o indirettamente a enti pubblici e la cessione di azioni che faccia venire meno questo requisito essere autorizzata dal Ministero del tesoro, salva l'autorizzazione del Consiglio dei Ministri per operazioni comportanti il venir meno della partecipazione maggioritaria di enti pubblici per obiettivi determinati (rafforzamento del sistema creditizio italiano; rafforzamento della sua presenza internazionale; rafforzamento della sua dimensione patrimoniale; raggiungimento di dimensioni che ne accrescano la capacità competitiva; altre finalità di pubblico interesse – art. 21, c. 2)²⁹².

Degli enti conferenti il decreto legislativo n. 356/1990 specificamente afferma la «piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato» (art. 11, c. 2). Questa espressione costituisce ragione dell'affermazione della natura pubblica degli enti conferenti, laddove non si ritenesse sufficiente l'aggettivo «pubblico» nella rubrica del titolo III del decreto, «Enti pubblici conferenti», bensì si richiedesse la presenza di determinati indici di riconoscimento. Questi sono del resto rinvenibili nel sopradDETTO controllo pubblico (nomina degli organi degli enti e approvazione di provvedimenti da parte del Ministero del tesoro). La

²⁹¹ Il titolo V del decreto legislativo n. 356/1990 è rubricato «Disciplina del controllo pubblico».

²⁹² Ciò che si intendeva assicurare era che il controllo rimanesse pubblico, mentre non si escludeva che, nel tempo, non fosse più concentrato in capo agli enti conferenti come si desume dall'espressione «finché ne sono titolari» (art. 12, c. 1, lett. b)).

natura pubblica di questi enti è affermata dalla dottrina prevalente²⁹³ e dalla giurisprudenza²⁹⁴. Il conferimento della capacità di diritto pubblico²⁹⁵ e di diritto privato rimanda ai caratteri dell'ente pubblico economico (categoria in cui rientravano gli enti creditizi prima della riforma), che esercita l'attività economica in regime di diritto privato ma dispone altresì di poteri di autonomia e autoorganizzazione²⁹⁶.

Pare interessante citare, nel presente studio, l'opinione espressa da Rescigno già con riferimento agli enti conferenti disciplinati dal decreto legislativo n. 356/1990 che riteneva di potere assimilare gli enti stessi alle fondazioni²⁹⁷, censurava la scelta dell'attribuzione della na-

²⁹³ F. Merusi, «Dalla cassa di risparmio alle fondazioni», in *Metacon*, 1993, p. 15, desume la natura pubblica dalla conservazione a soggetti pubblici del controllo; S. Cassese, «La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti», in *La legge* 30 luglio 1990, n. 218. *Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle banche del Monte*, Associazione fra le Casse di Risparmio Italiane, Roma, 1991, p. 34, ritiene trattarsi di enti pubblici di erogazione, e ricorda che il Senato, in sede di parere sul decreto, chiese la precisazione della natura giuridica pubblica; P. Rescigno, «La fondazione e i gruppi bancari», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1992, p. 399, ritiene che l'ente conservi il precedente carattere pubblico, non essendo «intervento alcun fatto idoneo a rimuovere la primitiva natura»; F. Belli e F. Mazzini, voce «Fondazioni bancarie», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, Agg., 2000, p. 310, osservano che «gli enti conferenti altro non sono se non banche».

²⁹⁴ T.A.R. Abruzzo, 7.1.1988, n. 1; T.A.R. Lazio, Sez. I ter, 1.2.1999, n. 314.

²⁹⁵ La capacità di diritto pubblico è criticata da F. Galgano, cit. a nota 265, p. 811, il quale rileva che le banche pubbliche non hanno mai goduto di potestà d'imperio. Peraltro, può osservarsi che la capacità di diritto pubblico non coincide con la potestà di imperio, potendo essere più limitata e tale è quella riconosciuta agli enti pubblici economici.

²⁹⁶ Da questi caratteri F. Merusi, «Natura, funzionamento e obiettivi dei cosiddetti enti-fondazioni», in *Bancaria*, n. 2, 1994, pp. 22-24, fa discendere la natura di «enti pubblici strutturali». L'Autore esclude il trattarsi di enti strumentali dello Stato non avendo il Ministero del tesoro poteri di indirizzo sugli enti stessi.

²⁹⁷ E. del Prato, cit. a nota 278, p. 740, rileva che l'espressione «fondazioni di origine bancaria» o «fondazioni bancarie» è entrata nel linguaggio corrente immediatamente dopo la riforma anche se introdotta dal legislatore successivamente. Nello stesso senso, S. Fiorenzano, «Le fondazioni di origine bancaria nuovamente al cospetto della Corte costituzionale: alla ricerca di un duplice equilibrio tra autonomia privata e tentazioni neo-dirigiste», in *Giurisprudenza italiana*, 2004, p. 922, il quale osserva peraltro che il decreto legislativo n. 356/1990 non fa riferimento a un modello cui ascrivere gli enti conferenti.

tura pubblica per enti che operano per interessi collettivi non necessariamente coincidenti con la sfera pubblicistica e già in allora criticava una vigilanza ispirata «ad uniforme e livellante generalità» e non, invece, rispettosa della peculiarità delle singole «fondazioni»²⁹⁸.

Il riferimento alla figura della fondazione può essere desunto dalla norma relativa alla estinzione degli enti (art. 15) che prevede, fra le cause di estinzione, il raggiungimento o l'impossibilità di perseguimento dello scopo e dispone che la procedura di liquidazione sia regolata dal titolo II del libro primo del codice civile, consentendo peraltro che il decreto ministeriale preveda, «quando ricorrano particolari ragioni di interesse generale», l'applicazione delle norme in tema di liquidazione coatta amministrativa. In realtà, la riconduzione alla fondazione registra critiche da parte della dottrina che sostiene la natura pubblica degli enti e l'impossibilità di estensione della disciplina delle persone giuridiche del libro primo²⁹⁹. Il riferimento alle «operazioni finanziarie commerciali, immobiliari e mobiliari» contenuto nell'articolo 12 relativamente al perseguimento delle finalità di interesse pubblico e di utilità sociale può condurre al modello della fondazione-impresa.

La natura pubblica degli enti conferenti disciplinati dal decreto legislativo n. 356/1990, in forza della partecipazione pubblica nelle società bancarie, resiste anche alla tentazione di affermare la natura privata applicando alle Casse di risparmio considerazioni analoghe a quelle svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 396/1988 (sulle quali si veda il paragrafo 23) sulle IPAB, rispetto alle quali le Casse di risparmio presentano lo stesso carattere dell'essere sorte dall'iniziativa privata e successivamente pubblicizzate³⁰⁰.

²⁹⁸ P. Rescigno, cit. a nota 293, pp. 398-99.

²⁹⁹ Così G. Baratti, cit. a nota 288, p. 32, che sostiene che «solo una privatizzazione, in via legislativa o giudiziale, avrebbe potuto consentire alle Casse di Risparmio di utilizzare a giusto titolo il *nomen* fondazione e di estendere loro la normativa e le problematiche delle fondazioni disciplinate dal Codice Civile e, più in generale, delle organizzazioni private».

³⁰⁰ Contro questa opinione G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie – Profili giuridici*, Milano, 2004.

32. La legge 30 luglio 1994, n. 474 e la direttiva 18 novembre 1994

La disciplina sopra descritta subisce un'evoluzione verso le dimissioni delle partecipazioni degli enti conferenti nelle società conferitarie e, quindi, la completa revisione della disciplina degli enti.

Una prima tappa di questa evoluzione è costituita dall'abrogazione delle disposizioni del decreto legislativo n. 356/1990 sul controllo pubblico e sulle limitazioni alle cessioni delle partecipazioni da parte dell'ente conferente. Il decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito in legge 30 luglio 1994, n. 474, espressamente rubricato «Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni» (artt. 1, c. 7, e 7-bis), informato alla cessione delle partecipazioni e all'impiego dei relativi proventi secondo criteri di diversificazione del rischio, rinvia i criteri e le procedure di dismissione a decreto ministeriale. La direttiva 18 novembre 1994 (c. d. direttiva Dini) prevede la cessione delle partecipazioni secondo modalità e tempi deliberati dagli enti ma dispone che «Entro cinque anni dall'emanazione della direttiva gli enti conferenti procedono alla diversificazione del proprio attivo in modo che: a) le spese da sostenersi per il perseguimento degli scopi statutarî vengano coperte in misura non superiore al cinquanta per cento con redditi diversi da quelli derivanti dalla partecipazione nella società conferitaria o, in alternativa; b) non più del cinquanta per cento del proprio patrimonio sia investito in azioni della società conferitaria» (art. 2, c. 2). La direttiva disciplina dettagliatamente l'impiego dei proventi derivanti dalla cessione, rispetto al quale è degna di nota la destinazione di una parte alla realizzazione di strutture stabili attinenti ai settori di intervento individuati dall'ente; su questi la direttiva si sofferma esplicitamente prevedendo che gli enti conferenti individuino gli specifici settori di intervento e i criteri di gestione dell'attività erogativa e stabilisce l'adozione entro il 31 marzo 1995 (termine prorogato al 30 giugno 1995 dalla direttiva 20 febbraio 1995) di un regolamento relativo a tale attività, sul quale il Ministero del tesoro poteva formulare rilievi. La direttiva stabilisce altresì l'adozione, entro lo stesso termine, di modifiche statutarie riguardanti il riassetto organizzativo dell'ente, per favorire una maggiore rappresentatività degli interessi connessi ai settori prescelti e l'eventuale eliminazione o riduzione della quota della riserva per aumenti di capitale delle società

conferitarie, che non può essere inferiore al 10 per cento finché l'ente mantiene il controllo della società conferitaria.

È ribadito che gli enti conferenti «devono restare estranei alla gestione della società conferitaria e delle società ed enti che con essa compongono il gruppo creditizio» (art. 10), ossia la separatezza tra gli enti conferenti e l'attività bancaria. Peraltro, «gli enti conferenti possono richiedere alla società conferitaria resoconti periodici sull'andamento generale del gruppo bancario, programmi triennali, nonché informazioni concernenti le politiche gestionali e le materie da sottoporre all'assemblea» (art. 10, c. 2)³⁰¹.

Si può osservare che la legge citata, relativa alle dismissioni delle partecipazioni nelle società conferitarie, non modifica la previsione della piena capacità di diritto pubblico e di diritto privato sancita dal decreto legislativo n. 356/1990 che aveva le sue basi, come si è visto, nell'originaria natura degli istituti di credito, che la legge delega n. 218/1990 aveva sostanzialmente mantenuto. Ciononostante, venuto meno il controllo pubblico viene a mancare un indice di riconoscimento del carattere pubblico dell'ente e inizia a potersi rinvenire in capo agli enti conferenti, cui la stessa Corte costituzionale nella citata sentenza n. 500/1993 aveva riconosciuto lo scopo non di lucro e le finalità di interesse pubblico e di utilità sociale, la natura privatistica e più specificamente fondazionale³⁰². In dottrina era peraltro presente l'orientamento che interpretava la legge n. 474/1994 e la direttiva Dini come un rafforzamento del carattere pubblico degli enti conferenti³⁰³, confermando una tesi, già esposta nel capitolo precedente, se-

³⁰¹ G. Minervini, «Divieto di gestione e diritto all'informazione nei rapporti fra fondazioni bancarie e banche partecipate», in *Rivista delle società*, 1995, pp. 27 sgg., osserva che si tratta di poteri di direzione e controllo propri dell'azionista di maggioranza.

³⁰² F. Merusi, «Verso una nuova disciplina degli enti conferenti», in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 1995, pp. 191-92; D. Lucarini Ortolani, «Privatizzazioni e fondazioni bancarie», in *Foro italiano*, V, 1995, p. 126.

³⁰³ S. Cassese, «Da fondazioni bancarie a ente "non profit"?», relazione al convegno «Le fondazioni bancarie dopo la direttiva del Ministro del Tesoro ed effetti sul mercato dei capitali» organizzato da Paradigma, Milano, 10 febbraio 1995, pp. 479 sgg., desume tale natura da previsioni della disciplina: l'inquadramento delle dismissioni di partecipazioni dello Stato; la previsione di direttive ministeriali relative all'impiego dei proventi; l'obbligo di modifiche statutarie per il riassetto orga-

condo la quale gli enti cosiddetti «privatizzati» dal legislatore mantengono sostanzialmente il carattere pubblico, delineato dalla loro disciplina speciale, che rappresenta, quanto meno, una mescolanza di caratteri pubblici e privati non sufficienti ad affermare con tranquillità la scomparsa della natura pubblicistica.

In realtà, fin tanto che permane, in qualche modo, un legame con l'impresa bancaria, segnatamente mediante la detenzione delle partecipazioni di controllo, sussiste un «nesso funzionale» con la stessa impresa, poiché agli enti «spetta il compito di amministrare "la partecipazione nella società per azioni conferitaria dell'azienda bancaria finché ne sono titolari"». Questo assunto è stato affermato dalla Corte costituzionale che, nella sentenza 10 maggio 1995, n. 163, ha rilevato «La sussistenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie», che vige finché permane la titolarità della partecipazione di controllo, con conseguente «effetto di "attrazione"» della disciplina prevista per gli enti conferitari.

*33. La legge 23 dicembre 1998, n. 461 e il decreto legislativo
17 maggio 1999, n. 153*

La prospettiva muta radicalmente con la legge delega 23 dicembre 1998, n. 461 e il conseguente decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153 (c. d. legge Ciampi), aventi a oggetto la disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti e la disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria: si tratta di normativa informata alla privatizzazione sostanziale degli enti conferenti, a differenza della disciplina precedente che attuava, come si è visto, una privatizzazione che poteva definirsi meramente formale.

La nuova tendenza si ricava dai cardini della legge delega: gli enti conferenti, a seguito dell'approvazione delle modifiche statutarie di adeguamento alle disposizioni dei decreti delegati, sono configurati «persone giuridiche private con piena autonomia statutaria e gestionale», perseguenti «esclusivamente scopi di utilità sociale e di pro-

nizzativo degli enti; la previsione di adozione di regolamenti a contenuto predeterminato e sottoposti a controllo ministeriale.

mozione dello sviluppo economico», con «divieto di distribuzione o assegnazione, sotto qualsiasi forma, di utili», esercenti «imprese direttamente strumentali ai fini statuari, esclusivamente nei settori» determinati dalla legge, con «distinti organi per le funzioni di indirizzo, di amministrazione e di controllo»; gli enti sono, ai fini tributari, qualificati enti non commerciali con rilevanti vantaggi fiscali, ma perdono tale qualità qualora, a una certa data, detengano ancora una partecipazione di controllo nella società conferitaria. Procede, dunque, il cammino verso la dismissione delle partecipazioni bancarie, pur senza dettarne l'obbligo ma limitandosi a prevedere l'applicazione di una disciplina tributaria vantaggiosa per gli enti conferenti che vi hanno provveduto.

La dismissione delle partecipazioni di controllo è l'aspetto sul quale forse maggiormente si è focalizzata l'attenzione degli operatori e dei commentatori: è questo il nodo attraverso il quale si esercita il controllo pubblico e che, conseguentemente, rileva sulla natura e la missione degli enti conferenti. Giova peraltro ricordare che, fin dal primo provvedimento legislativo (ossia la legge n. 218/1990), si è inteso non soltanto operare la separazione tra proprietà del capitale ed esercizio dell'impresa bancaria ma, quale conseguenza, riconferire rilevanza espressa all'attività in senso lato sociale originariamente svolta dagli enti creditizi, con attribuzione agli enti conferenti di «fini di interesse pubblico e di utilità sociale» (art. 2 d.lgs. n. 356/1990). Il percorso a tappe compiuto dal legislatore, oltre ad attenere alla dismissione delle partecipazioni, ha, anche in conseguenza di questa, riguardato l'evoluzione della missione degli enti conferenti. Entrambi gli aspetti hanno condotto alla diversa natura degli enti conferenti.

La disciplina degli enti conferenti risulta compiutamente dettata dal decreto legislativo n. 153/1999 attuativo della legge delega; esso ha, nel tempo, subito modificazioni a opera della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria per il 2002), che, invero, sono apparse censurabili e tali da giustificare il ricorso alla Corte costituzionale; le pronunce della Corte sono peraltro risultate utili a interpretare nodi che la disciplina non aveva forse sufficientemente chiarito.

34. *La natura di fondazione*

Il decreto legislativo n. 153/1999 espressamente qualifica gli enti conferenti come «fondazioni» (art. 1, c. 1, lett. c))³⁰⁴.

In effetti, la figura della fondazione ben pare corrispondere all'ente cui già la legge delega e, conseguentemente, il decreto delegato fanno riferimento: una persona giuridica privata, con autonomia statutaria, perseguente scopi di utilità sociale, con divieto di distribuzione degli utili.

L'inclusione nelle persone giuridiche del libro primo del codice civile si desume dalla previsione della vigilanza del Ministero del tesoro in via temporanea «fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile» (art. 2, c. 1, lett. i), l. n. 461/1998 e art. 10, c. 1, d.lgs. n. 153/1999); ciò posto, l'inderogabilità dello scopo e l'eterodestinazione dei risultati dell'attività fanno propendere per il modello fondazionale piuttosto che per quello associativo³⁰⁵. La fondazione risulta, del resto, la figura utilizzata recentemente da parte del legislatore, anche con parziale difformità dal modello codicistico, per fattispecie di attribuzione a persona giuridica di compiti già svolti, o che potrebbero essere svolti, dal settore pubblico. Le fondazioni bancarie segnano il passaggio a un soggetto privatistico di funzioni già svolte dagli enti pubblici creditizi e il definitivo distacco delle fondazioni dal settore del credito.

Al pari delle fondazioni trattate al capitolo precedente il legislatore, per gli enti conferenti, individua il modello fondazionale e disci-

³⁰⁴ Il legislatore aveva impiegato il termine «fondazioni bancarie» già all'articolo 47-quater della legge 22 marzo 1995, n. 85 (norma successivamente abrogata); si veda la nota 297.

³⁰⁵ La fondazione è stata ritenuta figura adatta agli enti conferenti, anche a quelli con fondo di dotazione a composizione associativa, in quanto i «soci» non sono i destinatari dell'attività svolta (così R. Costi, «La riforma delle "fondazioni bancarie"», in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998, p. 232), poiché carattere peculiare della fondazione non è il modello organizzativo, bensì l'inderogabilità e l'indisponibilità dello scopo sociale (così A. Zoppini, «La legge sulle c. d. fondazioni bancarie», commento alla legge n. 461/1998, in *Il corriere giuridico*, n. 4, 1999, p. 412).

plina le fondazioni di origine bancaria in legislazione speciale. Non si tratta di trasformazione di ente pubblico preesistente bensì di ente creato *ex novo* dal legislatore con il decreto legislativo n. 153/1999, che disciplina i nuovi enti, quale esito del percorso legislativo che si è descritto nelle pagine precedenti. Si tratta di persone giuridiche di nuova creazione, con fini previsti dal legislatore, che non trovano diretto collegamento in tavole di fondazione di enti privati preesistenti (come previsto per le IPAB, si veda paragrafo 23): la missione delle fondazioni bancarie non corrisponde all'attività di beneficenza che svolgevano gli enti pubblici creditizi, strettamente connessa alla raccolta del risparmio e alla concessione del credito; essa è, per contro, la missione di un ente di nuova costituzione, non facente parte del settore creditizio bensì rientrante nel settore *non profit*.

Attribuita la natura di fondazione, il decreto legislativo n. 153/1999 specifica che «Le fondazioni sono persone giuridiche private senza scopo di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale» (art. 2, c. 1). La specificazione, invero, non aggiunge nulla al concetto giuridico di fondazione: si può peraltro immaginare che il legislatore abbia voluto specificare la personalità giuridica privata e l'assenza di scopo di lucro. Potrebbe, altresì, evincersi che il legislatore abbia effettuato un tentativo di definizione del termine fondazione, da leggersi peraltro insieme ad altre espressioni, primo fra tutte lo scopo, colmando una lacuna codicistica e offrendo così uno spunto alla riforma del titolo II del libro primo del codice civile.

L'acquisto della personalità giuridica avviene con l'approvazione, da parte dell'Autorità di vigilanza, delle modifiche statutarie alle disposizioni dettate dal decreto legislativo n. 153/1999 (art. 2, c. 1, lett. e), l. n. 461/1998)³⁰⁶ e da tale approvazione si applica l'articolo 2, comma 1, del decreto. Con l'approvazione delle modifiche statutarie scat-

³⁰⁶ Per le modifiche statutarie dell'articolo 2, comma 1, lettera l), della legge n. 461/1998 l'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo n. 153/1999 fissava il termine di centottanta giorni dall'entrata in vigore dei decreti delegati. Il provvedimento dell'autorità di controllo deve essere emanato entro sessanta giorni dal ricevimento della documentazione; decorso tale termine le modificazioni si intendono approvate. L'autorità di controllo può formulare osservazioni che sospendono il termine.

ta la natura di fondazione dell'ente e il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato³⁰⁷.

È stato osservato trattarsi di riconoscimento non rientrante nel decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2000, relativo alle fondazioni di diritto comune, il quale fa «comunque salve le altre norme speciali derogatorie rispetto alla disciplina delle persone giuridiche del libro primo, titolo II del codice civile, alle relative disposizioni di attuazione e alle norme del presente regolamento» (art. 9, c. 3) e che il procedimento descritto non appare differire dall'originario articolo 12 del codice civile, né da quelle di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2000³⁰⁸. Da questo assunto si ricaverebbe, allora, il carattere concessorio del provvedimento dell'Autorità di vigilanza, rimanendo peraltro la discrezionalità circoscritta alla verifica della rispondenza alle previsioni del decreto delegato.

L'adeguamento statutario era configurato sia dalla legge che dal decreto legislativo come un obbligo degli enti, da compiersi entro un termine stabilito. La mancata ottemperanza all'obbligo poteva pertanto configurare una grave violazione di legge censurabile dall'Autorità di vigilanza, con nomina di un commissario straordinario³⁰⁹.

Non risulta prevista alcuna forma di pubblicità, diversamente da quanto previsto per le persone giuridiche sia del libro primo che del libro quinto del codice³¹⁰. La lacuna pare ricondursi alla previsione di un albo delle fondazioni bancarie, istituito e tenuto dall'Autorità di vi-

³⁰⁷ L'adeguamento statutario aveva anche conseguenze previste dalla disposizione transitoria (art. 28 d.lgs. n. 153/1999): la facoltà di convertire le azioni ordinarie detenute nelle società conferitarie in azioni partecipate nella ripartizione degli utili e nel rimborso del capitale e senza diritto di voto nell'assemblea ordinaria; emettere titoli di debito convertibili in azioni ordinarie della società bancaria detenute dalla fondazione, ovvero dotati di cedole rappresentative del diritto all'acquisto delle azioni medesime.

³⁰⁸ M. V. De Giorgi, cit. a nota 274, p. 652.

³⁰⁹ Pertanto, tutti gli enti conferenti sarebbero diventati persone giuridiche private. Contra F. Merusi, «La fine della storia: la l. n. 461 del 1998 e il d.lgs. n. 153 del 1999 sulle fondazioni bancarie», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1999, p. 462, ha ritenuto singolare il procedimento per il passaggio alla natura privatistica, in quanto dipendente da un atto di autonomia – la modifica dello statuto – lasciando il dubbio della persistente natura pubblicistica in caso di mancanza di tale modifica.

³¹⁰ T.A.R. Toscana, Sez. I, 11.7.2000, n. 164.

gilanza (art. 10, c. 3, lett. k)). Nelle more di istituzione di tale albo la giurisprudenza amministrativa ha semplicemente preso atto della mancanza di qualsiasi disposizione in ordine alla pubblicazione o iscrizione, né la necessità di pubblicazione può desumersi dalla natura negoziale e non normativa dell'atto³¹¹.

Già si sono inquadrate le fondazioni bancarie tra le fondazioni create dal legislatore; si è aggiunto, peraltro, che la persona giuridica privata nasce a seguito delle modificazioni statutarie e della loro approvazione da parte dell'autorità di controllo. È stato pertanto ritenuto che le fondazioni bancarie, inquadrabili nelle fondazioni legali e non negoziali³¹², sono create «da un atto complesso, cioè da insieme di atti di soggetti diversi»: il decreto legislativo; l'atto di indirizzo del Ministro del tesoro; la deliberazione di modifica dello statuto; la sua approvazione da parte del Ministro del tesoro³¹³.

La fonte legislativa tiene luogo del negozio di fondazione e del negozio di disposizione³¹⁴ e fissa norme relative all'ente, alle quali, in primo luogo, devono conformarsi gli statuti nella definizione dell'assetto degli enti. Lo statuto è un atto di autonomia privata, proprio di una persona giuridica privata³¹⁵; l'autonomia statutaria è immanente nell'autonomia privata ed è espressamente menzionata all'articolo 2,

³¹¹ T.A.R. Toscana, Sez. 1, 11.2.2000, n. 164. Un'opinione dottrina ha ritenuto che la lacuna possa essere colmata dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei decreti di approvazione delle norme statutarie (A. Angiuli, «Natura giuridica e autonomia delle fondazioni bancarie: l'intervento della Corte costituzionale», in *Rivista di diritto privato*, 2004, pp. 651 sgg.).

³¹² S. Fortunato, «L'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2003, p. 4.

³¹³ F. Merusi, cit. a nota 242, p. 95, parla di atto di fondazione complesso a componente legislativa. Esclude che il controllo sulle modifiche statutarie possa configurare atto complesso con l'atto approvato T.A.R. Piemonte, 21 novembre 1995, n. 618.

³¹⁴ G. Oppo, Conclusioni del convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 228, avanza un dubbio di costituzionalità sul potere «fondare» senza «dotare», ossia «disponendo di beni altrui».

³¹⁵ Come tale esso non è impugnabile con i rimedi amministrativi, mentre è impugnabile con tali rimedi l'atto ministeriale di approvazione, avente natura di atto amministrativo (Cons. Stato, Sez. III, parere 23.10.2001, n. 1461).

comma 1. Il decreto legislativo n. 153/1999 e, da ultimo, il decreto ministeriale n. 150/2004 contengono espressi rinvii agli statuti. Si tratta: della definizione degli scopi statutari e dei settori di attività; dell'assetto organizzativo; delle forme per l'esercizio dell'attività istituzionale, specie con riguardo alle erogazioni, con rispetto della destinazione della quota di proventi da riservare ai sensi dell'articolo 15 della legge n. 266/1991; della possibile indicazione di specifici ambiti territoriali in cui si indirizza l'attività; delle modifiche statutarie espressamente stabilite.

La legislazione che qui si commenta, come risulterà nel prosieguo della trattazione, nel dettare la disciplina pone specifici limiti alle determinazioni da parte degli statuti. Si pensi ai limiti riferiti agli scopi e ai settori di attività; a quelli, particolarmente dettagliati, in tema di organizzazione; alla limitazione per l'esercizio di imprese e di detenzione di partecipazioni di controllo; ad altri limiti inerenti la gestione, quali quelli in tema di patrimonio e di attività erogativa. In sintesi, le previsioni legislative devono essere osservate in sede di determinazione statutaria e, pertanto, costituiscono conformazione dell'autonomia statutaria.

35. *Lo scopo e l'attività*

Come si è accennato, il decreto legislativo n. 153/1999 contempla espressamente lo scopo della fondazione con due distinte notazioni: l'assenza del fine di lucro e il perseguimento di scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico (art. 2, c. 1)³¹⁶.

Alla luce dell'evoluzione dell'istituto della fondazione trattata al paragrafo 7, a cui si rimanda, occorre senza alcun dubbio interpretare l'assenza di scopo di lucro come divieto di distribuzione di utili, sancito dall'articolo 8, comma 3, che fornisce un'accezione piuttosto am-

³¹⁶ Il decreto legislativo n. 153/1999, come già la legge delega, fa espresso riferimento allo scopo, anziché all'oggetto cui si riferiva la legge n. 218/1990, così rimuovendo, osserva P. Schlesinger, «Le c. d. "fondazioni bancarie"», in *Borsa, banca e titoli di credito*, I, 1995, p. 425, il dubbio in ordine al rapporto tra «oggetto» e «scopo» della fondazione.

pia del divieto di distribuzione degli utili, estesa al patrimonio e a qualsiasi altra forma di utilità economiche agli associati, agli amministratori, ai fondatori e ai dipendenti, con esclusione dei compensi agli organi di amministrazione e di controllo³¹⁷; ciò non comporta il dubitarsi dell'ammissibilità di svolgimento, da parte della fondazione, di attività economica o imprenditoriale, del resto espressamente contemplata dall'articolo 3, «Modalità di perseguimento degli scopi statutari». Lo scopo di lucro non è dunque inteso come preclusivo della realizzazione di profitti, o di attività che a tale realizzazione conduca, ma come destinazione dei profitti alle finalità istituzionali fermo il *non distribution constraint*: in questo senso va, del resto, oggi intesa la distinzione tra enti del libro primo ed enti del libro quinto del codice civile. Il *non distribution constraint* è, invero, ritenuto dalla dottrina lo scopo della fondazione in parola, risolvendosi l'utilità sociale citata nella norma dell'eterodestinazione del patrimonio³¹⁸. È stato osservato che un senso e un contenuto all'utilità sociale possono essere dati dall'indicazione dei settori di attività³¹⁹.

Merita peraltro rilevare che il decreto legislativo n. 153/1999, come la legge delega n. 461/1998, si differenzia dalla precedente disciplina degli enti conferenti, di cui al decreto legislativo n. 356/1990, che richiedeva «fini di interesse pubblico e di utilità sociale». Il venir meno del riferimento all'interesse pubblico è stato interpretato come tendenza opposta alla natura pubblica degli enti³²⁰. È stato infatti osservato che proprio questa distinzione tra l'interesse pubblico e l'in-

³¹⁷ Ancor più ampia è un'interpretazione dottrinarina, citata alla nota 110.

³¹⁸ A. Zoppini, cit. a nota 305, pp. 412-13; F. Cafaggi, «Alla ricerca di un'identità: le fondazioni di origine bancaria e l'evoluzione degli enti non profit», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Cafaggi, Roma, 1999, pp. 21 sgg. e 40, identifica l'utilità sociale con l'inserzione negli enti *non profit*. Nel citato volume (in particolare Borzaga, p. 14), con riferimento alla genericità degli scopi di utilità sociale, all'ampiezza dei settori di intervento e alla possibilità di destinare ulteriori disponibilità ad altre finalità, si parla di «patrimonio alla ricerca di uno scopo».

³¹⁹ P. Rescigno, «Le fondazioni bancarie», in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 1999, p. 34.

³²⁰ Peraltro, si è avuto modo di osservare in più parti che la natura pubblica dell'ente non dipende dalla finalità (cosiddetta funzionalizzazione), bensì dalla presenza di indici di riconoscimento.

teresse collettivo o sociale «traghetta le fondazioni bancarie nell'universo composito, e in gran parte ancora indefinito, del non profit»³²¹.

Si può ritenere che, conformemente agli insegnamenti della dottrina tradizionale, la disciplina delle fondazioni bancarie abbia inteso richiedere uno scopo altruistico, e non lucrativo, rivolto alla collettività³²². Né ciò osta all'esercizio di attività di impresa, come si è visto al paragrafo 9 e come espressamente previsto dagli articoli 2, comma 1, lettera h) e 3 del decreto³²³.

Oltre all'utilità sociale è citata come scopo delle fondazioni bancarie «la promozione dello sviluppo economico»³²⁴.

La dottrina ha osservato che non si tratta di due categorie distinte³²⁵. Invero, i settori ammessi delle fondazioni, dei quali tra breve si dirà, paiono riconducibili ai fini di utilità sociale, mentre nessuno di essi attiene allo sviluppo economico; si può però notare che lo sviluppo economico è immanente nei settori suddetti. Peraltro, è possibile valutare come l'autonomia delle fondazioni bancarie, specie alla luce delle interpretazioni fornite dalla Corte costituzionale con le sentenze del 2003, possa essere esercitata mediante interventi, anche non unicamente erogativi, di promozione dello sviluppo economico. Questa

³²¹ F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 321, che cita in proposito la *Relazione al d.l.l. n. 3194, Atti parlamentari*, Camera dei Deputati, XIII legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti; P. Rescigno, cit. a nota 319, p. 34, osserva come non vi sia incompatibilità tra interesse collettivo e diritto privato.

³²² A queste finalità rispondono, generalmente, gli enti trasformati o costituiti in fondazione da parte del legislatore (si vedano in proposito il paragrafo 7 e la nota 101).

³²³ Si tratta di due aspetti che A. Zoppini, cit. a nota 305, p. 41, sintetizza con l'espressione «fondazione pensata come a una banca d'affari del terzo settore e la fondazione imprenditore sociale», che corrispondono alle tipologie di fondazione di erogazione e operativa.

³²⁴ Si tratta di una novità nella legislazione, inserita nel corso dei lavori preparatori al Senato della Repubblica.

³²⁵ Secondo G. Guarino, cit. a nota 14, p. 63, si tratta di «un'endiadi» che si ricollega al modello privatistico: «La tempestività ed efficacia degli interventi, la possibilità di loro esplicazione dove le pubbliche amministrazioni secondo le procedure normali non interverrebbero, concorrono di per sé allo sviluppo economico per la migliore utilizzazione che ne consegue dei fattori produttivi». A. Zoppini, cit. a nota 305, p. 413, ritiene che «la promozione dello sviluppo economico configura una semplificazione (probabilmente non indispensabile) dell'utilità sociale».

attività può risultare particolarmente rilevante per enti dislocati sul territorio e con tradizionali legami con il territorio di riferimento.

La promozione dello sviluppo economico non consiste unicamente nel finanziamento di attività altrui, bensì si può estendere all'esercizio, e quindi all'assunzione, dell'attività. Quest'ultima ipotesi può condurre al modello della fondazione-impresa, della quale va verificata la compatibilità con la limitazione alle imprese direttamente strumentali nei settori rilevanti. È stato osservato in dottrina che l'esercizio di questa attività costituisce, al contempo, intervento nel sociale e intervento economico³²⁶, ciò che è naturale conseguenza della presenza nel settore *non profit* di enti fortemente patrimonializzati³²⁷.

Oltre allo scopo, il decreto legislativo fa riferimento all'attività, così differenziandosi dall'impostazione codicistica³²⁸.

Si differenzia anche dalla precedente disciplina di queste fondazioni che prevedeva i settori di intervento, nei termini di cui si è detto al paragrafo 31, con riferimento ai fini di interesse pubblico o di utilità sociale o alla realizzazione di strutture (così l'art. 2, c. 1, lett. a) e g), d.lgs. n. 356/1990) ovvero come settori di devoluzione di una parte determinata di reddito e limite all'esercizio di imprese strumentali (art. 2, c. 1, lett. b) e d), l. n. 461/1998).

La previsione del decreto legislativo n. 153/1999 riguardante l'attività delle fondazioni è stata oggetto di modificazioni. La versione originaria dettava: «Lo statuto individua i settori ai quali ciascuna fondazione indirizza la propria attività, comprendendo fra questi almeno uno dei settori rilevanti» (art. 2, c. 2, vecchio testo), individuati all'articolo 1, comma 1, lettera d): ricerca scientifica, istruzione, arte, con-

³²⁶ In questo senso A. Gentili, «La riforma delle fondazioni di origine bancaria», in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, p. 403, osserva che «un massiccio intervento economico nel sociale è comunque anch'esso un fatto economicamente rilevante, così come la permanenza o il progressivo abbandono delle partecipazioni bancarie non è certamente solo un fatto economico, ma un'evenienza politica e sociale».

³²⁷ G. Oppo, «Ancora sulle fondazioni (ex bancarie): una strana vicenda legislativa», in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, pp. 568-69, esprime perplessità sul «distrarre dalla libera economia di mercato – in tempo di globalizzazione – risorse finanziarie ingentissime».

³²⁸ Si ha invece una similitudine con gli enti *non profit* e le fondazioni costituite dal legislatore, caratterizzati per l'attività o il settore di intervento.

servazione e valorizzazione dei beni culturali e delle attività culturali e dei beni ambientali, sanità e assistenza alle categorie sociali deboli³²⁹.

A questi settori le fondazioni devolvono almeno il 50 per cento del reddito, al netto delle spese di funzionamento, degli oneri fiscali e delle riserve obbligatorie o, se maggiore, all'ammontare minimo di reddito stabilito dall'Autorità di vigilanza, con riferimento a periodi annuali, in relazione al patrimonio, commisurato a un profilo prudenziale di rischio adeguato all'investimento patrimoniale delle fondazioni (art. 10, c. 3, lett. b)), mentre disponibilità residue possono essere devolute ad altri fini statutari, al reinvestimento del reddito, ad accantonamenti o riserve facoltative (art. 8).

Ferma restando questa disposizione in materia di destinazione del reddito, la legge 28 dicembre 2001, n. 448 (che ha introdotto sostanziali modificazioni al decreto delegato, oggetto di esame da parte della Corte costituzionale, come si dirà tra breve), ha modificato l'articolo 2, comma 2, nonché definizioni di cui all'articolo 1. La versione legislativa attualmente in vigore distingue tra settori rilevanti e settori ammessi: i settori rilevanti sono i settori ammessi scelti ogni tre anni dalla fondazione, in numero non superiore a cinque³³⁰; i settori ammessi sono così ridefiniti: famiglia e valori connessi; crescita e formazione giovanile; educazione, istruzione e formazione, incluso l'acquisto di prodotti editoriali per la scuola; volontariato, filantropia e beneficenza; religione e sviluppo spirituale; assistenza agli anziani; diritti civili; prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica; sicurezza alimentare e agricoltura di qualità; sviluppo locale ed edilizia popolare; protezione dei consumatori; protezione civile; salute pubblica, medicina preventiva e riabilitativa; attività sportiva; prevenzione e recupero delle tossicodipendenze; patologia e disturbi psichici e mentali; ricerca scientifica e tecnologica; protezione e qualità ambientale; arte, attività e beni culturali. Un ultimo settore, la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, è stato introdotto nel 2002 (art. 37-bis l. 11.2.1994 n. 109, introdotto dalla l. n. 116/2002,

³²⁹ Sono i settori previsti dalla legge delega. Rispetto al decreto legislativo n. 356/1990 è aggiunta la «conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali».

³³⁰ Nel testo precedente della norma, «non superiore a tre».

norma ora abrogata e trasfusa nell'art. 153 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163)^{331, 332, 333}.

La legge n. 448/2001 prevedeva che i settori ammessi potessero essere modificati con regolamento dell'Autorità di vigilanza, ma la previsione è stata dichiarata incostituzionale per eccesso di delega (sent. Corte cost. 29.11.2003, n. 301)³³⁴.

Ciò posto, l'articolo 2, comma 2, risulta così modificato: «Le fondazioni, in rapporto prevalente con il territorio, indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e operano in via prevalente nei settori rilevanti, assicurando, singolarmente o nel loro insieme,

³³¹ Le modificazioni introdotte dalla legge n. 448/2001 avevano sollevato notevoli perplessità nella dottrina, parte delle quali coincidono con le censure poste all'esame della Corte costituzionale. La dottrina, ribaltando la natura di fondazioni operanti in rapporto con la società civile e il territorio in enti che operano in settori di specifico intervento pubblico e quindi strumentali di enti territoriali (G. Pagliari, cit. a nota 300, p. 324), era giunta a sostenere trattarsi di una «pubblicizzazione sostanziale» delle fondazioni, anche se la legge ne salva, a parole, la natura privata (M. Clarich e A. Pisaneschi, «La riforma delle fondazioni bancarie», in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2002, p. 336). Altra dottrina osserva «una sussidiarietà all'inverso», ossia «una sorta di sussidiarietà del privato a favore del pubblico» (L. Torchia, «I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata», in *Il ponte*, n. 5, 2003, p. 72).

³³² E. F. M. Emanuele, «Il filo conduttore della vicenda delle fondazioni ex bancarie», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 245, rileva «l'enorme dilatazione dei settori ammessi... che annovera ambiti di intervento completamente estranei alla vocazione originaria di queste fondazioni».

³³³ La disciplina è ripresa nella nuova regolamentazione (d.m. 18.5.2004, n. 150), che ha sostituito il precedente decreto 2 agosto 2002, n. 217 a seguito delle sentenze della Corte costituzionale nn. 300 e 301 del 2003. I decreti sono stati emanati in ottemperanza dell'articolo 11, comma 14, della legge n. 448/2001 che ha rinviato a regolamento dell'Autorità di vigilanza le disposizioni attuative della norma e di coordinamento con il decreto legislativo n. 153/1999 prevedendo il conseguente adeguamento degli statuti.

³³⁴ La ragione dell'illegittimità costituzionale è stata individuata dalla Corte nell'inadeguatezza della fonte regolamentare, specie in assenza di criteri. In dottrina (S. Fiorenzano, cit. a nota 297, pp. 924-25) la motivazione ha sollevato perplessità, ritenendosi possibile escludere il potere dell'Autorità di vigilanza, al pari dell'esclusione del generale potere di indirizzo.

l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale».

La nuova versione della norma potrebbe apparire maggiormente restrittiva³³⁵, nella versione precedente era sufficiente l'inserimento di uno dei settori rilevanti, essendo il resto dell'attività liberamente scelto³³⁶. Peraltro, a giudizio della Corte costituzionale, la nuova versione della norma non è lesiva dell'autonomia, statutaria e gestionale, delle fondazioni. In primo luogo, per quanto concerne i settori ammessi, ai quali l'attività delle fondazioni è limitata in modo esclusivo, l'elencazione contenuta nella legge è tanto ampia e varia da non ritenersi lesiva dell'autonomia degli enti che «devono essere caratterizzati da “uno scopo” che ne impronta l'attività»³³⁷. Stante il richiamo operato dalla Corte agli articoli 16 e 27 del codice, i settori ammessi possono ritenersi esplicitazione delle finalità di utilità sociale previste nel decreto delegato delle quali si è detto al paragrafo precedente. La norma ha anche superato le censure sollevate su alcuni settori ammessi che potevano apparire riconducibili ad attività di competenza dei pubblici poteri (ad esempio la «prevenzione della criminalità e sicurezza pubblica»): la Corte costituzionale ha salvato la norma, dando a essa l'interpretazione che ne consente la vigenza nell'ordinamento (ha ritenuto che le locuzioni «possono e devono essere interpretate in senso logicamente compatibile con il carattere non pubblicistico dell'attività

³³⁵ G. Baratti, cit. a nota 288, pp. 48-49.

³³⁶ Al riguardo era stato osservato che i settori rilevanti «costituiscono il nocciolo duro dell'attività della fondazione..., ma, nello stesso tempo, non la ingabbiano» (F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 321). Gli stessi Autori, peraltro, rilevavano la difficoltà di individuare «zone» non comprese tra i settori rilevanti. Si esprime criticamente G. Baratti, cit. a nota 288, p. 47, il quale ritiene che i settori «non rispecchiano, né rispettano, le loro vocazioni originarie e tradizionali e che rappresentano in definitiva il frutto di un'imposizione a tutto campo degli scopi che mal si concilia con la loro proclamata natura privata».

³³⁷ Corte cost., 24 settembre 2003, n. 301. Diversamente, in un commento dottrinario alle sentenze della Corte nn. 300 e 301 del 2003, è stato ritenuto che il concetto di autonomia non dovrebbe comportare l'indicazione dei settori; se poi questi coincidono con le attività di utilità sociale in generale l'esplicitazione non trova ragione di essere. Così S. Fiorenzano, cit. a nota 297, p. 923, il quale rileva che la Corte aveva già assunto una posizione analoga nella citata sentenza n. 500/1996; peraltro, diversa era la natura degli enti conferenti, in allora pubblica.

delle fondazioni e, quindi, come riferentisi solo a quelle attività, socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, da quelle demandate ai pubblici poteri» (sent. n. 301/2003)).

Invero, la costituzione delle fondazioni bancarie risponde proprio all'esigenza di attribuire a un soggetto autonomo, che opera in regime di diritto privato, campi in cui la pubblica amministrazione è già presente ma opera con difficoltà per la mancanza di flessibilità della propria disciplina. Per queste ragioni la dottrina parla di «funzione integrativa» delle fondazioni bancarie, le quali, peraltro, rimangono ben distinte dal settore pubblico, mediante l'acquisto della personalità giuridica privata a seguito della modifica statutaria³³⁸.

L'individuazione dei settori rilevanti è rimessa agli statuti: le disposizioni contenute nella legge fungono da indicazione per la scelta statutaria. La limitazione numerica della scelta statutaria dei settori rilevanti (tre nell'originaria modifica ex art. 11, l. n. 448/2001, saliti a cinque con successiva novella con l'art. 39, c. 14-nonies, l. n. 326/2003) trova la ragione giustificativa, ritiene la Corte, nell'esigenza di evitare la dispersione delle risorse, ciò che potrebbe avvenire operando sulla base di necessità contingenti³³⁹ indipendentemente da qualsivoglia programmazione pluriennale³⁴⁰.

³³⁸ G. Guarino, cit. a nota 14, pp. 62-63.

³³⁹ A. Gentili, cit. a nota 326, p. 38. Sull'«impatto modesto sulla vita delle organizzazioni che li ricevono e, di conseguenza, anche del benessere della collettività» P. Ferrari e E. Magnani, «Il futuro ruolo delle fondazioni bancarie: nuovi investitori istituzionali, puri grant-maker, community foundation o che altro?», in *Il risparmio*, 1998, p. 1150. A difesa delle erogazioni per necessità contingenti, che pure devono essere soddisfatte, nell'ambito del principio di sussidiarietà, G. Baratti, cit. a nota 288, p. 48.

³⁴⁰ F. Vella, «La "missione" delle fondazioni bancarie e gli investimenti culturali: vincoli e opportunità del nuovo ordinamento», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2001, p. 458, ritiene «che l'assenza o la carenza di adeguati assetti organizzativi e di idonee procedure di programmazione in rapporto alle finalità che l'ente si prefigge possa pregiudicare quella «sana e prudente gestione» che deve caratterizzare la corretta conduzione delle fondazioni». M. S. Giannini, voce «Pianificazione», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983, pp. 629 sgg., osserva che la programmazione pluriennale è metodo che accomuna le organizzazioni private e le figure soggettive pubbliche. Si consideri infatti che l'articolo 41 della Costituzione, al terzo comma, dispone che «l'attività economica pubblica e privata» sia «indirizzata e coordinata ai fini sociali» e, al secondo comma, che l'iniziativa economica privata «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale».

L'attività nei settori rilevanti è prevista «in via prevalente», non escludendo quindi il perseguimento di attività in altri settori. Sinteticamente, la Corte costituzionale ha offerto una lettura della disposizione, respingendo le censure mosse a diversi aspetti, tale da renderla rispettosa dell'autonomia statutaria delle fondazioni.

Parimenti, per quanto concerne l'autonomia gestionale, la disposizione pareva abbozzare un'attività comune, congiunta o quanto meno coordinata delle fondazioni, creando un'indipendenza fra esse («singolarmente o nel loro insieme»): la Corte ha respinto anche questa censura, ritenendo la disposizione di carattere generale e non vincolante, che lascia la determinazione delle risorse alle singole fondazioni «salva... l'ammissibilità di forme di coordinamento compatibili con la natura di persone private delle fondazioni».

Dunque, il legislatore ha individuato i settori ammessi – che coincidono sostanzialmente con i settori nei quali un ente *non profit* può operare – ha prescritto alle fondazioni di operare in via prevalente nei settori che esse stesse ogni tre anni scelgono tra i settori ammessi, in numero non superiore a cinque, in modo da delineare una programmazione di interventi che le fondazioni si prefiggono; l'attività delle fondazioni è indirizzata in rapporto prevalente con il territorio di riferimento, non escludendo un coordinamento con altre fondazioni assicurando un'equilibrata destinazione delle risorse.

Risulta infine ripetuta, nel decreto legislativo n. 153/1999, la destinazione di parte del reddito ai fondi finalizzati alle organizzazioni di volontariato, di cui si è detto al paragrafo 31.

36. *L'attività di impresa*

Il carattere di fondazione comporta che gli enti perseguano i propri scopi «con tutte le modalità consentite dalla loro natura giuridica» (art. 3, c. 1). Il decreto è esplicito, a differenza della disciplina di diritto comune, in ordine all'esercizio di impresa; prevede che le fondazioni «possono esercitare imprese solo se direttamente strumentali ai fini statutarî ed esclusivamente nei settori rilevanti» (art. 3, c. 1)³⁴¹. Secondo

³⁴¹ La disposizione è stata ritenuta, in parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, idonea a evitare che le fondazioni «possano operare al fianco ed

l'atto di indirizzo 5 agosto 1999 l'istituzione di imprese strumentali va inserita nello statuto tra le competenze dell'organo di indirizzo.

La limitazione è estesa alle partecipazioni di controllo, che possono riguardare solo enti e società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali (limitazione non applicabile alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo biennio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie); vale anche per l'attività di mero finanziamento o sovvenzione ad altra impresa, ammessa soltanto nei confronti delle imprese strumentali, delle imprese sociali e delle cooperative sociali ed esclusa per gli enti con fini di lucro³⁴². La previsione è conforme alla legge delega. Viene ribadito il divieto di esercizio di funzioni creditizie, già alla base della prima tappa della riforma del sistema bancario^{343, 344}.

Nel prevedere l'impresa strumentale, viene colta l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale descritta al paragrafo 9 relativa all'ammissibilità di attività imprenditoriale da parte della fondazione e in particolare l'orientamento della giurisprudenza che richiede la strumentalità al fine di pubblica utilità della fondazione (nota 132). È altresì pacifico e diffuso l'esercizio di attività economica da parte degli enti *non profit*³⁴⁵.

in concorrenza con soggetti la cui natura commerciale imponga vincoli diversi». Essa è stata apprezzata da parte della dottrina (A. Zoppini, cit. a nota 305, p. 413) in quanto evita deviazioni dai fini istituzionali, mentre altro orientamento (A. Pavone La Rosa, «Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2000, p. 3) la ritiene troppo vincolante.

³⁴² La limitazione si configura come limite legale della capacità dell'ente (E. del Prato, cit. a nota 278, p. 750).

³⁴³ L'atto di indirizzo 5 agosto 1999 ritiene opportuno che gli statuti ribadiscano tale divieto.

³⁴⁴ La previsione potrebbe apparire ridondante: la normativa precedente ha escluso l'esercizio diretto dell'impresa bancaria che, peraltro, sarebbe ora esclusa in quanto non rientrante nei settori ammessi. È anche stata avanzata l'ipotesi (F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 322) che con tale divieto, inserito in norma che vieta finanziamento a enti con scopo di lucro, si sia inteso escludere il finanziamento a tali enti sotto forma di sostegno creditizio.

³⁴⁵ Sul ruolo degli enti *non profit* nel mercato H. Hansmann, «Economic Theories

Tuttavia, l'impresa strumentale presenta nella fondazione bancaria connotazioni peculiari che non la rendono assimilabile all'impresa della fondazione di diritto comune. La differenza risiede nel fatto che l'impresa nella fondazione di diritto comune, peraltro non considerata dal legislatore, bensì elaborata da dottrina e giurisprudenza, non ha regole né limitazioni particolari (si veda in proposito il paragrafo 9), mentre l'impresa nella fondazione bancaria si caratterizza precipuamente per il carattere di strumentalità al fine. Già gli scopi e l'attività di questa fondazione risultano determinati dal legislatore con maggiore precisione rispetto alla fondazione di diritto comune; la strumentalità dell'impresa bancaria si connette agli scopi e all'attività, essendo ammessa «solo se direttamente strumentali ai fini statuari ed esclusivamente nei settori rilevanti» (art. 3, c. 1).

Per l'impresa strumentale³⁴⁶ è stabilita la particolare connessione con gli scopi statuari, dovendo essere «operante in via esclusiva per la diretta realizzazione degli scopi statuari perseguiti dalla Fondazione nei settori rilevanti» (art. 1, lett. h)³⁴⁷. Questa impresa ha quindi la peculiarità di operare in strumentalità diretta ed esclusiva con il perseguimento dei fini statuari della fondazione-imprenditore, persona giuridica senza fine di lucro che si prefigge esclusivamente scopi di attività sociale e di promozione dello sviluppo economico. Ciò posto, la

of Non-profit Organizations», in *The Nonprofit Sector: a Research Handbook*, a cura di W. Powell, New Haven, 1987.

³⁴⁶ La definizione del termine «strumentale» che si evince dalle definizioni di «ente strumentale» e «società strumentale» contenute nell'atto di indirizzo per la redazione del bilancio 19 aprile 2001 è l'avere «per oggetto esclusivo la diretta realizzazione degli scopi statuari perseguiti dalla fondazione». La dottrina (P. Ferro-Luzzi, «Fondazioni bancarie: che fare?», in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 1999, p. 467) ritiene che la strumentalità comporta che «il bene o il prodotto in forma di impresa debba essere non soltanto in astratto funzionale, ma anche in concreto utilizzato nel perseguimento della finalità ultima della fondazione, quando addirittura non sia la stessa produzione del bene o del servizio che realizza la strumentalità».

³⁴⁷ In queste limitazioni P. Ferro-Luzzi, «Imprese strumentali – Profili di sistema», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005, p. 77, rinvia una «diffidenza» del legislatore «per il fenomeno del “commercio”».

dottrina ritiene che, ancorché con le sue peculiarità, l'impresa strumentale della fondazione bancaria possa essere inquadrata nel genere «impresa» e a essa applicate le regole previste per la figura. La dottrina, conformemente all'orientamento maggioritario riferito alla fondazione di diritto comune (si veda il paragrafo 9), ritiene applicabile l'iscrizione nel registro delle imprese³⁴⁸; secondo un orientamento sono altresì applicabili la rappresentanza commerciale, la concorrenza sleale, la disciplina antitrust, la liquidazione coatta amministrativa³⁴⁹.

Come già si è detto nel capitolo primo, l'impresa non risulta oggi connotata per lo scopo di lucro, preferendosi un concetto di impresa in senso oggettivo, quale «organizzazione per la produzione e lo scambio, secondo principi di economicità, di beni o servizi per il mercato»³⁵⁰. L'impresa strumentale può dunque rivelarsi il mezzo con il quale un soggetto senza scopo di lucro può offrire beni e servizi rispondendo a un'esigenza di utilità sociale: può trattarsi di servizi non offerti, od offerti in forma insufficiente o con prezzi troppo elevati dal mercato³⁵¹. In questo senso la dottrina parla di «imprenditoria civile» caratterizzata dalla sussidiarietà rispetto al mercato e dalla reciprocità nei confronti di altre figure soggettive *non profit* nel senso che, a differenza delle imprese commerciali, queste imprese non concorrono,

³⁴⁸ A. Pavone La Rosa, cit. a nota 341, pp. 4-5. Secondo B. Libonati, «Ai margini della teoria dell'impresa: la "impresa strumentale" della fondazione bancaria», in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2005, p. 181, l'iscrizione deriva dallo stesso principio di trasparenza previsto dall'articolo 5, comma 1, del decreto legislativo n. 153/1999. Questo Autore, pp. 182-83, svolge una lettura critica dell'impresa strumentale della fondazione bancaria, incentrata sulla particolarità di disporre di capitale a tasso zero e dalla sola economicità di gestione, ciò che più realizza il disequilibrio nella concorrenza. L'Autore osserva come la diretta strumentalità cancella i connotati imprenditoriali sotto il profilo finanziario e strutturale; risponde a un'istanza di utilità sociale in settori in cui i servizi mancano o sono carenti rispetto alle esigenze. L'impresa strumentale è dunque «una sorta di fenomeno a sé... attività economica a carattere erogativo o suppletivo».

³⁴⁹ B. Libonati, cit. a nota 348, pp. 180-82.

³⁵⁰ P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 347, p. 80.

³⁵¹ Un esempio tipico può essere costituito dai servizi aggiuntivi delle istituzioni culturali, rispetto ai quali il mercato non risponde a sufficienza per la scarsa possibilità di ricavare utili.

bensi «debbono *collaborare, fare rete* con altri soggetti pubblici o privati che operano nel medesimo campo di attività»³⁵².

In questo modo l'impresa si configura come uno strumento, una modalità (per seguire la terminologia dell'articolo 3) per lo stesso perseguimento dei fini statuari, diversamente dalla prima disciplina di queste fondazioni che pareva configurare l'esercizio di attività imprenditoriale per trarre utili da destinare agli scopi statuari dell'ente conferente. Attualmente, infatti, si registra la strumentalità agli scopi e la limitazione dell'attività ai soli settori rilevanti. Questo aspetto è stato criticato in dottrina con riferimento alla limitazione temporale della scelta dei settori rilevanti: è stato osservato che la scelta dei settori per un periodo di tre anni può disincentivare o, comunque, causare difficoltà nell'attività imprenditoriale, che comporta la creazione di strutture complesse e stabili, dai rilevanti investimenti economici³⁵³. A questa difficoltà potrebbe ovviarsi soltanto reiterando la scelta del medesimo settore trascorso il triennio.

È discusso se possa trattarsi di impresa accessoria o secondaria rispetto ai fini istituzionali: la lettera della norma porterebbe a escluderla; peraltro imprese di tale genere non comporterebbero rischi di deviazione dagli scopi istituzionali e di equilibrio concorrenziale³⁵⁴.

³⁵² S. Amoroso, «La vigilanza del Ministero dell'economia sugli enti e sulle società strumentali delle fondazioni bancarie», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005, p. 122.

³⁵³ G. Baratti, cit. a nota 288, pp. 63 e 69. L'Autore critica il limite temporale introdotto dalla novella del 2001 che «mal si concilia col perseguimento di progetti complessi e/o connessi con la creazione di strutture imprenditoriali stabili e prima ancora con il criterio della programmazione pluriennale che opportunamente dovrebbe orientare l'azione delle fondazioni» e osserva che secondo l'atto di indirizzo 5 agosto 1999 «il criterio di programmazione va riferito ad un "congruo periodo di tempo", funzionale all'esigenza di assicurare la migliore utilizzazione delle risorse e l'efficacia degli interventi, il rispetto del principio di economicità della gestione e l'osservanza di criteri prudenziali di rischio preordinati a conservare il valore del patrimonio e ad ottenere una redditività adeguata», ciò che mal si concilia con la predeterminazione di termini che, tra l'altro, contrasta con l'autonomia statutaria e gestionale delle fondazioni. Inoltre, la limitazione temporale potrebbe risultare meglio applicabile all'attività erogativa delle fondazioni.

³⁵⁴ M. Ragno, «Fondazioni bancarie e attività di impresa», in *Banca, impresa, società*, 2000, pp. 439 sgg.

L'impresa strumentale costituisce anche una limitazione in tema di partecipazioni di controllo, che sono ammesse soltanto per le società aventi come oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali, quindi di imprese che perseguono direttamente i fini statuari e operano esclusivamente nei settori rilevanti. Si tratta delle società strumentali, mediante le quali la fondazione esercita indirettamente l'impresa strumentale, in alternativa alla gestione diretta dell'impresa da parte della fondazione. In quest'ultimo caso, che comporta contabilità separate, la fondazione è considerata impresa secondo il diritto comunitario (si veda l'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, paragrafo 46) e le agevolazioni fiscali alla fondazione-impresa si configurano come aiuti di Stato lesivi della concorrenza. Giova infatti precisare che, ai sensi del diritto interno, l'esercizio di impresa non fa venire meno il carattere di ente non commerciale e le agevolazioni fiscali stabilite in capo alla fondazione.

L'esercizio di impresa strumentale in forma indiretta, attraverso una società controllata, consente la realizzazione dell'attività mediante la società stessa, destinataria di finanziamenti, erogazioni e sovvenzioni da parte della fondazione; gli utili realizzati da queste società concorrono alla formazione del reddito della fondazione. In merito alla società strumentale si osserva l'applicabilità della disciplina societaria, con eccezione della tutela dell'interesse del socio alla distribuzione dell'utile, che va affermata ma coordinata con la strumentalità ai fini statuari; diversamente si avrebbe che «l'interposizione di una società alteri il principio, centrale in tema di impresa, di "strumentalità"»³⁵⁵. Alla società strumentale, oltre alla partecipazione maggioritaria della fondazione bancaria, possono partecipare altri soci di minoranza³⁵⁶, i quali possono trarre notevoli utilità dall'esercizio di

³⁵⁵ P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 347, p. 86. Nello stesso senso del non divieto di produzione di utile, ma dell'attenuazione dell'esigenza G. B. Portale, «Fondazioni "bancarie" e diritto societario», in *Rivista delle società*, 2005, p. 26; G. Lemme, «Le fondazioni bancarie, imprese strumentali e tutela dei beni culturali», in *Gazzetta ambiente*, 2004, p. 98.

³⁵⁶ Il problema che al riguardo si pone è che l'impresa strumentale è volta, in ultima analisi, non al lucro ma alla finalità ultima della fondazione mentre non può escludersi che il socio di minoranza realizzi il suo interesse nella distribuzione dell'utile (in questo senso G. B. Portale, cit. a nota 355, p. 26, P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 346, pp. 466 sgg.; G. Lemme, cit. a nota 355, pp. 93 sgg.).

attività e dalla realizzazione di progetti in *partnership* con un soggetto *non profit* a elevata capacità finanziaria.

Le imprese strumentali gestite direttamente dalla fondazione, quali modalità di perseguimento degli scopi statutarî, sono soggette alla stessa vigilanza prevista per la fondazione. Diversamente, le società strumentali sono assoggettate ai controlli previsti per le società. Giova infatti osservare che la fondazione e la società sono soggetti distinti: la prima assoggettata al controllo pubblicistico dell'Autorità di vigilanza previsto dalla legislazione speciale, del quale si dirà al paragrafo 45; la seconda soggetta ai controlli previsti dal diritto societario³⁵⁷. Del resto, nella società strumentale la fondazione può detenere partecipazioni di controllo, ciò che non esclude, come si è detto, la presenza di soci di minoranza. Secondo una diversa opinione³⁵⁸ l'Autorità di vigilanza esercita sulla società una sorta di controllo non diretto bensì mediato, svolto nell'esercizio del controllo sulla fondazione: infatti, il controllo pubblicistico attiene, come si dirà al paragrafo 45, alla gestione della fondazione; questa è *holding* di partecipazioni di controllo nella società strumentale ed esercita essa stessa un controllo su quest'ultima; le informazioni inoltrate da quest'ultima all'Autorità di vigilanza attengono quindi anche all'attività della società strumentale e dunque i rilievi dell'Autorità di vigilanza si possono estendere alle società strumentali. Rispetto a questa opinione si può osservare che il controllo configurato dalla legislazione speciale in capo all'Autorità di vigilanza è oggetto di notevoli critiche, come si dirà al paragrafo 45, che possono essere sinteticamente connesse al rapporto con la natura privatistica delle fondazioni. Diventa dunque difficile immaginare un controllo esteso, seppure in forma mediata, a figure societarie partecipate dalla fondazione eventualmente in *partnership* con altri soggetti.

³⁵⁷ G. Ghetti, Conclusioni del convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005, pp. 224 e 235-36.

³⁵⁸ S. Amorosino, cit. a nota 352, pp. 118 sgg.

37. Il ruolo di erogazione e il ruolo operativo

L'esercizio di attività imprenditoriale da parte della fondazione, direttamente o indirettamente, riconduce le fondazioni bancarie, originariamente concepite per finalità *grant-making*, alle fondazioni operative³⁵⁹. Questa duplicità di ruoli permette di inquadrare, efficacemente, le fondazioni bancarie nelle fondazioni miste³⁶⁰. Il ruolo di fondazione operativa appare nella realizzazione di attività progettuali nei settori di attività della quale si sono avute, negli anni di vita delle fondazioni, manifestazioni sempre più numerose e rilevanti, senza che, peraltro, il ruolo di erogazione sia stato abbandonato. Accade, altresì, che la fondazione costituisca essa stessa altri enti, o fondazioni, con missione in uno specifico settore di attività. In questo caso si presenta la fattispecie, ben ammessa da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla fondazione di diritto comune (si veda il paragrafo 10), della fondazione *holding*. La partecipazione di controllo della fondazione bancaria ad altre fondazioni è contemplata espressamente dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo n. 153/1999, che si riferisce anche agli «enti» oltre che alle società che abbiano per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali. Oltre il caso della società controllata esercitante l'impresa strumentale, vi potrebbe essere il caso della fondazione controllata, esercente impresa, rientrando nella disposizione appena citata, ovvero della fondazione operativa non esercente impresa, comunque strumentale al perseguimento degli scopi di utilità sociale della fondazione bancaria, che quest'ultima ben potrebbe costituire in virtù della generale capacità di diritto privato³⁶¹.

³⁵⁹ Dalla limitazione posta alla cosiddetta «fondazione d'impresa» G. Ponzanelli, cit. a nota 17, pp. 1211-12, deduce che «il modello delle *operating foundations* è l'eccezione rispetto alle c. d. *grant foundations*».

³⁶⁰ M. Tieghi, «Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria: l'ottica economico-aziendale», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005, p. 152, rileva non trattarsi di «un vero e proprio "modello", ma di un insieme di ibridi, di volta in volta più vicini all'una o all'altra delle due predette tipologie» e distingue le «fondazioni miste prevalentemente erogative» da quelle «miste prevalentemente operative».

³⁶¹ In questo senso F. Merusi, «La nuova disciplina delle fondazioni bancarie», in

Va certamente ricordato il ruolo di erogazione delle fondazioni bancarie rispetto al quale il decreto legislativo intende affermare, come già si è detto, la progettualità e pertanto disincentivare il sistema cosiddetto di contribuzioni a pioggia, precedentemente adottato dagli enti territoriali in una logica di assistenzialismo verso enti caratterizzati da disponibilità finanziarie modeste³⁶².

Per quanto concerne principalmente l'attività erogativa l'articolo 3, comma 4, del decreto prevede che le modalità e i criteri che presiedono allo svolgimento dell'attività istituzionale siano determinati, nelle forme stabilite dagli statuti³⁶³, con particolare riferimento alle modalità di individuazione e di selezione dei progetti da finanziare³⁶⁴. I prin-

Giornale di diritto amministrativo, n. 8, 1999, p. 719; l'Autore osserva che le norme del decreto relative alle partecipazioni di controllo non innovano rispetto al diritto comune.

³⁶² Le contribuzioni a pioggia sono viste con sfavore. Voce dissenziente è peraltro B. Casadei, «Fondazioni di origine bancaria e società civile», in *Queste istituzioni*, 2000, p. 76, che ritiene che le contribuzioni «frastagliate» e di modeste dimensioni «possono comporsi con i circuiti di solidarietà informale... e possono mobilitare energie consistenti». Parimenti, la contribuzione a progetti è ben da preferire alle contribuzioni a organizzazioni che possono avere un ruolo di scarso interesse generale o di pura sopravvivenza dell'ente. Si è recentemente verificato l'abbandono del sistema di contribuzioni a pioggia: le contribuzioni «sotto 5.000 euro rappresentano il 45% del numero delle iniziative, ma pesano solo per il 2% sul totale erogato; al contrario i progetti sopra 100.000 euro pesano per il 75% del totale e, all'interno di questi, quelli sopra 500 mila euro fanno il 47% del totale ed evidenziano un progressivo spostamento delle Fondazioni verso progetti sempre più complessi, impegnativi e – spesso – attuati in partenariato con altri soggetti» (G. Guzzetti, cit. a nota 285, pp. 18-19).

³⁶³ L'atto di indirizzo 5 agosto 1999 ha precisato che la scelta delle modalità non è necessariamente contenuta negli statuti, che possono al riguardo rinviare a regolamenti interni, di cui prevedono il procedimento per l'emanazione, vincolandone il contenuto alla prescrizione dell'articolo 3, comma 4. Come si è detto al paragrafo 32, già la direttiva 18 novembre 1994 (direttiva Dini) contemplava la materia dell'erogazione dei fondi, rinviandone la determinazione a un regolamento.

³⁶⁴ G. Guzzetti, Intervento al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, pp. 326-27, parla in proposito di un ruolo di «*merchant banker sociale*» esercitato dalla fondazione anche nell'attività di erogazione, quale soggetto «capace di sviluppare una autonoma visione dei problemi e delle prospet-

cipi che guidano la scelta sono: trasparenza, motivazione, tutela degli interessi contemplati negli statuti, migliore utilizzazione delle risorse ed efficacia degli interventi. Per assicurare questi due ultimi principi l'atto di indirizzo del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica emanato il 5 agosto 1999 in materia di adeguamento degli statuti (alle disposizioni di legge delega e decreto legislativo) ha ritenuto che «la scelta dei settori di intervento non può prescindere da una valutazione di "fattibilità"». L'atto di indirizzo intende evitare la dispersione delle risorse, che si ha, tipicamente, con erogazioni numerose e scoordinate quali sono le cosiddette contribuzioni a pioggia già citate. La valutazione può essere compiuta avute presenti le dimensioni patrimoniali, finanziarie e territoriali della fondazione, valutate in sede di adeguamento statutario e secondo la tradizione della fondazione, «ferma restando la piena autonomia delle fondazioni nel modificare gli statuti anche in direzioni diverse e innovative, in relazione ai nuovi bisogni della società». Pertanto, gli ambiti in settori diversi da quelli rilevanti possono essere individuati «con riferimento a grandi aree o settori omogenei di intervento, rapportabili a concreti obiettivi di utilità sociale o di promozione dello sviluppo economico». L'attività istituzionale è, secondo l'atto di indirizzo e come sarà ricordato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 301/2003, «ispirata ad un criterio di programmazione pluriennale, sulla base di un documento deliberato dall'organo di indirizzo e riferito a un congruo periodo di tempo, nel quale siano individuate, in rapporto alla gestione e utilizzazione del patrimonio, le strategie generali, gli obiettivi da perseguire nel periodo considerato e le linee, i programmi, le priorità e gli strumenti di intervento. La programmazione pluriennale dell'attività, alla quale gli statuti possono fare riferimento anche in termini generali (demandando ai regolamenti interni la disciplina di dettaglio) è funzionale all'esigenza di assicurare la migliore utilizzazione delle risorse e l'efficacia degli interventi (art. 3, c. 4, del d.lgs. n. 153/1999), il rispetto del principio di economicità della gestione (art. 3, c. 1, del d.lgs. n. 153/1999) e l'osservanza di criteri prudenziali di rischio preordinati a conservare

tive della comunità in cui opera e diviene per questo in grado di ideare, (far) sperimentare e verificare gli esiti di soluzioni innovative ai problemi stessi».

il valore del patrimonio e ad ottenere una redditività adeguata (art. 5, c. 1, del d.lgs. n. 153/1999)».

Si è già accennato che gli statuti possono individuare specifici ambiti territoriali in cui si indirizza l'attività, come previsto dall'atto di indirizzo. Ciò rappresenta una possibile scelta della fondazione e non già un vincolo: le fondazioni hanno tradizionale radicamento con il territorio di riferimento, possono rivolgere al medesimo la propria attività che può peraltro ben estendersi all'esterno di esso, anche secondo la dimensione patrimoniale dell'ente e, quindi, il principio di sana e prudente gestione.

Appare facilmente comprensibile come il risultato finale prodotto dalla legislazione sulle fondazioni bancarie abbia influenza sull'evoluzione dell'istituto della fondazione e, più in generale, dell'universo del *non profit*. Il legislatore ha creato fondazioni, le fondazioni bancarie, che per il loro ingente patrimonio stravolgono le dimensioni del settore *non profit*³⁶⁵: in un momento di crisi del *welfare state*, ha attribuito funzione erogativa a questi nuovi enti; ne ha, al contempo, ammesso l'esercizio di attività imprenditoriale. L'originaria diffidenza verso i corpi intermedi, abbandonata da qualche tempo dal legislatore, potrebbe dirsi superata con la creazione di queste fondazioni: questa affermazione non pare però scontata, tanto dall'essere stata la Corte costituzionale investita dell'esame circa la natura, privatistica o meno, delle fondazioni; la tesi della natura privatistica e l'affermazione del principio di sussidiarietà avvalorano definitivamente l'opinione sostenuta.

38. La fondazione di comunità

L'attività erogativa della fondazione bancaria, individuata dalla legislazione e dall'atto di indirizzo 5 agosto 1999, ha uno specifico ri-

³⁶⁵ Basti pensare che tre fondazioni bancarie (Compagnia di San Paolo, Fondazione Cariplo, Fondazione Monte dei Paschi di Siena) compaiono nella graduatoria delle prime dieci fondazioni euro-americane. È stato rilevato trattarsi di «un sistema tradizionale che, una volta giunto a conclusione, vedrà il nostro Paese al secondo posto (dopo gli Stati Uniti) o al terzo posto (dopo la Germania) nel mondo per dimensione del patrimonio delle fondazioni» (C. Borzaga e F. Cafaggi, «Introduzione», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura dei medesimi, Roma, 1999, p. XI).

ferimento territoriale ed è volta a soddisfare i bisogni della relativa comunità; la collocazione, a opera della Corte costituzionale (come si dirà al paragrafo 46), della fondazione bancaria quale soggetto dell'organizzazione delle libertà sociali, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, avvalora il ruolo di supporto in svariati settori della vita della comunità di riferimento per migliorarne la qualità, anche colmando carenze del settore pubblico (si veda in proposito la nota 455).

Detti caratteri delle fondazioni bancarie, e segnatamente il legame con il territorio di riferimento, hanno condotto, in tempi recenti, alla costituzione da parte di questi enti di fondazioni di comunità³⁶⁶; ciò giustifica la trattazione di questo tipo fondazionale nel capitolo del presente studio dedicato alle fondazioni bancarie.

La fondazione di comunità «non costituisce un tipo giuridico a sé ma piuttosto un tipo funzionale»³⁶⁷; è modello importato dagli Stati Uniti, dove vanta una rilevante tradizione e diffusione³⁶⁸, e si caratte-

³⁶⁶ Fondazioni di comunità sono state introdotte per la prima volta dalla Fondazione Cariplo; la loro costituzione si sta diffondendo tra le principali fondazioni bancarie. Il *Rapporto sulle Community Foundations*, settimo manuale ACRI, Roma, 1998, pp. 104 sgg., già in allora indicava per le fondazioni bancarie di dimensioni maggiori «l'opportunità di farsi promotrici di Fondazioni di Comunità in relazione alla realtà territoriale sulla quale intendono operare», mentre relativamente alle fondazioni ex Casse di Risparmio, di dimensioni più modeste, osservava la «somiglianza» con le fondazioni di comunità, per la vocazione pubblica, la costituzione del patrimonio tramite la privatizzazione di un bene già appartenente alla comunità, la pluralità degli scopi.

³⁶⁷ «Libro Bianco sulle Fondazioni in Italia» del Consiglio Italiano per le Scienze sociali, cit. a nota 263, p. 34.

³⁶⁸ La prima *community foundation*, la Cleveland Foundation, fu costituita nel 1914 dal banchiere Frederick H. Goff per gestire le risorse ricavate dalla gestione di lasciti e donazioni depositati presso la sua banca, molti dei quali di entità modesta o non accompagnati da chiara definizione degli scopi di devoluzione. La Cleveland Foundation, mediante l'organo amministrativo composto da cittadini autorevoli e impegnati in attività a favore della comunità, individua i bisogni della comunità e destina le risorse al sostegno di enti *non profit* impegnati in vari settori, controlla l'effettivo impiego delle risorse. Le *community foundations* hanno avuto negli Stati Uniti un forte sviluppo a partire dal 1969 a seguito del Tax Reform Act che le ha qualificate «*public charities*»; alcune dispongono di ingenti patrimoni. Più recentemente il modello è stato importato in Europa, in particolare nel Regno Unito; rilevanti esempi sono peraltro presenti in Francia, la Fondation de France, e in Belgio,

rizza per lo stretto legame con la comunità stanziata sul territorio di riferimento, al cui favore sono volti gli effetti dell'attività erogativa della fondazione.

Le peculiarità di queste fondazioni attengono all'attività di raccolta dei mezzi finanziari e all'attività erogativa. Obiettivo della fondazione è la crescita del patrimonio nel lungo periodo allo scopo finale di soddisfare nel tempo le esigenze della comunità.

La fondazione viene costantemente finanziata mediante donazioni di soggetti privati o enti³⁶⁹, favorite da agevolazioni fiscali, che confluiscono nel patrimonio o in fondi patrimoniali destinati a specifiche finalità. Viene in questo modo ottimizzato il risultato delle donazioni che, singolarmente considerate, comporterebbero elevati costi di gestione; al contempo viene incentivata la filantropia, ossia svolta non una mera attività di *fund raising* ma una promozione della «cultura del dono»³⁷⁰ con risvolti etici, permettendo ai donatori, indipendente-

la la Fondation Roi Baldouin. Si può peraltro osservare che mentre negli Stati Uniti le *community foundations* costituiscono il frutto di una consolidata tradizione filantropica propria di un capitalismo avanzato (si veda la nota 116), in Europa nell'applicazione del modello si distinguono il settore pubblico (così la Fondation de France) e, in Italia, le fondazioni bancarie.

³⁶⁹ I soggetti che contribuiscono alla fondazione di comunità non hanno rapporti tra loro e possono perseguire finalità diverse. B. Casadei e A. Gamba, «Le fondazioni comunitarie. Prima parte: principi fondamentali e cenni storici», in *Quaderni di discussione delle fondazioni italiane*, n. 1, 1997, p. 21, del testo dattiloscritto, menzionano ad esempio il diverso intento di colui che dona volendo rimanere anonimo e dell'impresa che investe nel sociale per finalità di *marketing* e osservano che «Le fondazioni hanno perciò sviluppato una pluralità di strumenti gestionali che permettono di soddisfare tutte queste esigenze». In questo senso le fondazioni di comunità rispondono alla finalità di «servire i donatori» (e al contempo la collettività), permettendo «ad un numero consistente di individui di perseguire un qualche fine di utilità generale». A. Maltoni, «La fondazione della comunità locale», in *Fondazioni di origine bancaria e fondazioni di comunità locale*, Milano, 2005, pp. 275 sgg., specifica che donante della fondazione può essere un ente pubblico, argomentando dall'ormai pacifica ammissibilità del contratto di donazione per l'ente pubblico, dalla ricorrente preferenza per modelli privatistici (rappresentati in questo caso dalla donazione a fondazione di comunità rispetto al provvedimento concessorio di sovvenzione a enti *non profit*), dall'ammissibilità della scelta della fondazione di comunità con trattativa privata.

³⁷⁰ Questo è il fine della «filantropia comunitaria» indicato da www.fondazionecarlo.it, che specifica che la fondazione «non fa fundraising, ma aiuta tutti coloro che

mente dall'entità della loro contribuzione, di migliorare la vita della comunità di appartenenza.

Ciò avviene mediante un'attività erogativa, che tiene anche conto delle indicazioni espresse dai donatori, a favore di enti *non profit* operanti in settori diversi (sociale, assistenziale, culturale, di istruzione, ecc.) individuati a seguito di bandi e mostranti quindi capacità progettuale. L'attività erogativa avviene secondo strategie basate sull'individuazione dei bisogni della comunità assicurata dalla conoscenza del territorio posseduta dalla fondazione comunitaria. Proprio nell'individuazione di questi bisogni, secondo una logica dinamica, risiede l'essenza dell'attività erogativa della fondazione, ciò che caratterizza anche, come si è detto, la tendenza delle erogazioni delle fondazioni bancarie, non informate a mera adesione a richieste di sovvenzione. L'attività di *grant making* viene così informata alla previa e sollecitata individuazione delle esigenze, in contrapposto alla rigidità che caratterizza l'intervento pubblico. La fondazione comunitaria, pertanto, si caratterizza per l'operare in settori non definiti rigidamente, bensì per diversi fini di utilità sociale espressi dalla comunità, nonché per adeguare l'attività di erogazione ai bisogni mutevoli della comunità.

La fondazione di comunità appare dunque un intermediario tra il donatore e gli enti *non profit* destinatari delle erogazioni.

La gestione della fondazione deve essere caratterizzata da trasparenza, con pubblicazione di un rapporto annuale, che renda conoscibili i programmi realizzati, i risultati della gestione patrimoniale, gli indirizzi di investimento patrimoniale. Tale trasparenza, rendendo noti i fondi attivati e gli scopi perseguiti, consente un controllo da parte dei donatori e può incentivare contribuzioni future.

La *governance* di queste fondazioni non prevede necessariamente una rappresentanza dei donatori, categoria del resto eterogenea, ma, piuttosto, un riferimento alla comunità territoriale e, conseguentemente, la partecipazione all'organo decisionale di soggetti che rivestono una posizione autorevole nel territorio e possono quindi rappresentare le istanze della comunità stanziata nel medesimo.

desiderano destinare risorse al perseguimento di finalità d'utilità sociale» proponendo «un ventaglio di soluzioni, così da permettergli di conseguire i propri scopi e di vivere pienamente il piacere del dono».

Come si è enunciato, la fondazione di comunità non è di tipo giuridico ma rientra nelle fondazioni di diritto comune; a essa è interamente applicabile la disciplina del titolo II del libro primo del codice civile, non rinvenendosi alcuna specifica disposizione rispetto a questo tipo fondazionale.

La fondazione deve quindi essere costituita per atto pubblico e riconosciuta ai termini del d.p.r. n. 361/2000. Qualora alla fondazione si intenda attribuire la qualifica di ONLUS, la registrazione richiesta dal decreto legislativo n. 460/1997 concorre con la registrazione ai sensi del d.p.r. citato, che è presupposto per l'attribuzione della personalità giuridica, mentre la registrazione come ONLUS è unicamente finalizzata all'attribuzione di agevolazioni, segnatamente fiscali.

La costituzione può avvenire a opera di qualsivoglia soggetto; come peraltro si è osservato, la prassi recente ha mostrato la costituzione, nel nostro Paese, a opera di fondazioni bancarie, con svolgimento da parte di queste di un importante ruolo nella fase di costituzione. In questa fase si può altresì affiancare un comitato promotore.

Per quanto concerne il conferimento del patrimonio la fondazione bancaria conferisce il patrimonio iniziale e successivamente può contribuire con le «erogazioni c. d. di sfida», ossia «quei finanziamenti che la fondazione di origine bancaria si riserva di concedere alla fondazione della comunità locale nell'ipotesi in cui quest'ultima, alla scadenza di un periodo di tempo predeterminato e in vista del perseguimento degli scopi di utilità sociale fissati dallo statuto, sia stata in grado di raccogliere donazioni e contributi per un importo pari o superiore a quello delle erogazioni medesime»³⁷¹.

Lo statuto della fondazione dovrà osservare le prescrizioni codicistiche e di leggi speciali relative alla figura di ente *non profit* che l'ente intenda eventualmente adottare (quale la ONLUS).

Giova, infine, specificare che le donazioni alla fondazione di comunità sono configurate come donazioni modali³⁷². Ciò comporta che, ai sensi dell'articolo 793 del codice civile, per l'adempimento dell'obbligo può agire, oltre al donante, qualsiasi interessato; l'azione potrebbe essere quindi proposta da ente *non profit* potenzialmente destina-

³⁷¹ A. Maltoni, cit. a nota 369, pp. 256-57.

³⁷² In questo senso www.fondazionecariplo.it.

tario di erogazioni da parte della fondazione di comunità. Diversamente, ai sensi della stessa norma, la risoluzione per inadempimento può essere domandata soltanto dal donante e dai suoi eredi. È peraltro presente un'opinione dottrinarica³⁷³ che ritiene preferibile inquadrare le donazioni alla fondazione di comunità nella figura del *trust*, consentita dall'attuale orientamento maggioritario (si veda la nota 82) che sostiene l'ammissibilità del *trust* interno. In tale caso il donante (che assumerebbe la veste di *settlor*) godrebbe di più ampi poteri di sorveglianza sull'adempimento. Inoltre, l'inquadramento di queste donazioni nel *trust*, che è fattispecie di patrimonio segregato, consentirebbe la separazione patrimoniale, e quindi di responsabilità ex articolo 2740 c. c., tra il patrimonio della fondazione e i fondi costituiti per il perseguimento di specifiche finalità a cui il donante può avere scelto di fare confluire la propria donazione.

39. Il principio di economicità della gestione

Le fondazioni operano secondo il principio di economicità della gestione (art. 3, c. 1)³⁷⁴. La disciplina, dunque, non contiene previsio-

³⁷³ A. Maltoni, cit. a nota 369, pp. 265 sgg. Per la configurabilità di un *trust* in capo a persone giuridiche T. Arrigo, «Il trust per la gestione di manifestazioni artistiche e culturali e per la promozione di opere pubbliche relative all'attività dell'ente. Il trust per la gestione di palestre, centri sportivi e socio-ricreativi», relazione al seminario tecnico-divulgativo «Il trust come strumento di gestione dell'attività privatistica dell'ente pubblico», p. 4 del dattiloscritto. Al *trust* fa espresso riferimento la definizione di *community foundation* indicata da F. Emerson Andrews, voce «Foundation», in *The Encyclopedia Americana – International edition*, vol. 11, Danbury, Conn., 2003, p. 647, («Community foundations are composite foundations, usually set up as trusts rather than corporations»); è peraltro evidente la diversa configurazione del nostro diritto civile, e quindi della figura fondazionale, rispetto ai paesi di *common law*.

³⁷⁴ L'espressione ha suscitato perplessità in dottrina: è stato osservato che essa è propria degli enti pubblici economici, degli enti di gestione e delle imprese pubbliche (M. T. Cirenei, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983, pp. 379 sgg.; G. Ghetti, «La partecipazione delle fondazioni bancarie ad altri soggetti», in *Le fondazioni bancarie dalla legge n. 218/90 al d.lgs. 153/99*, a cura di G. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999, p. 153), per affermare che, almeno, i ricavi non devono essere inferiori ai costi; essa appare, invece, meno consona a un mercato competitivo (B. Libonati, cit. a nota 348, p. 178).

ni relative a singoli atti dell'ente ma, nel rispetto dell'autonomia, fissa un principio riferibile alla complessiva attività. Ciò si riflette sulle funzioni dell'attività di controllo (la norma relativa si riferisce infatti, in più punti, alla gestione della fondazione).

40. *Il patrimonio*

Al perseguimento degli scopi statutari è totalmente vincolato il patrimonio della fondazione (art. 5, c. 1).

In tema di amministrazione del patrimonio il decreto, conformemente alla legge delega, afferma i criteri di conservazione del valore, quindi l'adozione di criteri prudenziali di rischio, e dell'impiego in modo da ottenere una redditività adeguata. Ciò può avvenire mediante la diversificazione degli investimenti: si tratta di un principio già contemplato dalla legge n. 474/1994 e dalla direttiva 18 novembre 1994 (direttiva Dini); la legge n. 448/2001 ha previsto che l'adeguata redditività deve assicurare «il collegamento funzionale con le finalità istituzionali degli enti ed in particolare con lo sviluppo del territorio» (art. 7, c. 1, d.lgs. n. 153/1999). Analogamente, ha previsto che la gestione del patrimonio avvenga «in modo coerente con la natura delle fondazioni quali enti senza scopo di lucro che operano secondo principi di trasparenza e moralità» (art. 5, c. 1, d.lgs. n. 153/1999). Sulla materia ha competenza l'Autorità di vigilanza: la redditività dei patrimoni è oggetto della vigilanza (art. 10, c. 2); l'Autorità determina «con riferimento a periodi annuali, un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio, commisurato ad un profilo prudenziale di rischio adeguato all'investimento patrimoniale delle fondazioni» (art. 10, c. 3, lett. b)); la diversificazione degli investimenti è materia su cui possono essere emanati «atti di indirizzo di carattere generale» (art. 10, c. 3, lett. e)), peraltro dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte costituzionale.

Un'eccezione al principio dell'adeguata redditività è prevista per l'investimento di una parte del patrimonio in beni che non la producono, ma consistono in mobili o immobili di interesse storico o artistico con stabile destinazione pubblica o di immobili adibiti a sede della fondazione o allo svolgimento della sua attività istituzionale o di quella delle imprese strumentali. È anche ammesso l'investimento di una quota non superiore al 10 per cento del patrimonio in beni immo-

bili diversi da quelli strumentali (art. 7, c. 3-bis, successivo a modifica introdotta dal d.l. 24.6.2003, conv. in l. 1.8.2003, n. 212).

La gestione del patrimonio deve essere tenuta separata dalle altre attività della fondazione e può essere affidata a intermediari abilitati, ai sensi del testo unico n. 58/1998, in base a criteri di scelta rispondenti all'esclusivo interesse della fondazione. In materia di contabilità vige, infatti, il principio del rinvio alle norme dettate per gli enti del libro quinto del codice. È stato infatti osservato che la gestione patrimoniale ha carattere lucrativo e rilievo per la definizione degli assetti organizzativi e contabili: per questo è previsto un modello organizzativo tipizzato, diversamente da quanto avviene per le fondazioni di diritto comune³⁷⁵.

Invero, la particolarità, o «atipicità», delle fondazioni bancarie, che risiede, come si è detto, nel disporre di ingenti mezzi patrimoniali e nell'essere parte del settore *non profit*, determina la distinzione, con distinte previsioni, dell'attività di gestione del patrimonio e dell'attività istituzionale, mediante gestione del reddito³⁷⁶.

41. La destinazione del reddito

Già si è accennato che è fatto obbligo alle fondazioni di destinare almeno il 50 per cento del reddito³⁷⁷, che residua da spese di funzionamento³⁷⁸, oneri fiscali e riserva obbligatoria, o, se maggiore, all'ammontare minimo stabilito dall'Autorità di vigilanza ai settori rilevanti. La parte che residua potrà essere destinata ad altri fini statutari, reinvestimento del reddito o accantonamenti e riserve facoltativi,

³⁷⁵ S. Scotti Camuzzi, «Commento all'art. 2, comma 1°, lett. l), l. n. 461/98», in *Le fondazioni bancarie*, a cura di A. Nuzzo, pp. 280 sgg.

³⁷⁶ S. Scotti Camuzzi, cit. a nota 375, pp. 40 sgg. e 71.

³⁷⁷ Il reddito, quale definito dall'articolo 8, comma 4, del decreto legislativo n. 153/1999 è «l'ammontare dei ricavi, delle plusvalenze e di ogni altro provento comunque percepiti dalla fondazione»; nella determinazione del reddito rientrano le quote di utili realizzati dalle società strumentali controllate dalle fondazioni.

³⁷⁸ A. Gentili, cit. a nota 326, pp. 405-06, esprime perplessità sulla deduzione delle spese di funzionamento, che potrebbero contenere distribuzione di utili ad amministratori o fondatori o dipendenti.

erogazioni previste da specifiche norme di legge; a queste destinazioni sono stati successivamente (l. 7.3.2000, n. 62) aggiunti prodotti editoriali per istituti scolastici. Giova ricordare che il reddito è devoluto esclusivamente a finalità di utilità sociale ed esclusivamente nei settori ammessi (art. 2, c. 1 e 2). Il divieto di distribuzione degli utili, oltre a potersi ricavare da detta esclusività, è, come si è detto, espressamente sancito.

42. *Le partecipazioni di controllo e le loro dismissioni*

Si è già detto che le partecipazioni di controllo detenute dalle fondazioni possono attenere solamente a enti o società aventi come oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali; per contro le partecipazioni in società diverse possono essere soltanto partecipazioni non di controllo e questo impiego può costituire diversificazione del patrimonio ai sensi dell'articolo 7, comma 1. Infatti, anche le partecipazioni di controllo sono vincolate agli scopi istituzionali delle fondazioni, valendo il vincolo per l'intero patrimonio³⁷⁹.

Va menzionata la possibilità degli enti, dopo l'adeguamento statutario e ricorrendo le condizioni di cui all'articolo 27, di partecipazione al capitale della Banca d'Italia.

Merita altresì menzionare la previsione delle fondazioni bancarie quali soggetti che possono detenere partecipazioni nella Cassa Depositi e Prestiti S.p.a., contenuta nella stessa norma che ha trasformato la Cassa in società per azioni (art. 5, c. 2, l. n. 326/2003, che prevede che le fondazioni bancarie e altri soggetti pubblici o privati possano detenere quote complessivamente di minoranza)³⁸⁰.

³⁷⁹ G. Alpa, «Il patrimonio delle fondazioni bancarie», in *Le fondazioni bancarie*, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999, p. 57.

³⁸⁰ G. Guzzetti, cit. a nota 285, p. 25, rileva che le fondazioni hanno applicato la previsione (66 fondazioni risultano socie di Cassa Depositi e Prestiti S.p.a.); rileva l'atipicità dell'essere il Ministero dell'economia, al contempo, azionista di maggioranza della Cassa DD.PP. e Autorità di vigilanza sugli azionisti di minoranza, le fondazioni bancarie. La sintesi del Decimo Rapporto annuale dell'ACRI sulle Fondazioni di Origine Bancaria inserisce il ruolo di azionisti della Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. delle fondazioni, nell'ambito del principio di sussidiarietà, nel rapporto con gli enti locali e le altre istituzioni operanti sul territorio e indica la possi-

La limitazione delle partecipazioni di controllo che vieta l'acquisizione di nuove partecipazioni e la conservazione di quelle già detenute ha, per quest'ultimo aspetto, rilievo per le partecipazioni di controllo nelle società bancarie, le cui dismissioni sono state incentivate dalla normativa fin qui descritta ma dalla medesima non imposte. Ciò avviene a opera della disposizione finale e transitoria del decreto legislativo n. 153/1999, l'articolo 25.

Il testo originario della norma prevedeva che le partecipazioni nelle società bancarie conferitarie potessero essere detenute, in via transitoria, per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del decreto, ai fini della dismissione; per un periodo di non oltre due anni le partecipazioni stesse potevano essere ulteriormente detenute, ma con perdita della qualifica di ente non commerciale e delle conseguenti agevolazioni da parte della fondazione³⁸¹; le partecipazioni di controllo in società diverse dalle società bancarie conferitarie con esclusione di quelle in imprese strumentali dovevano essere dismesse entro il termine stabilito dall'Autorità di vigilanza e comunque non oltre il termine quadriennale; in mancanza di dismissione entro i termini provvede in via sostitutiva l'Autorità di vigilanza. La disposizione è stata modificata dalla già citata legge n. 448/2001 e, successivamente, dalla legge n. 212/2003, che hanno fissato al 31 dicembre 2005 il termine per le dismissioni delle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie e nel termine definito dall'Autorità di vigilanza, e comunque non oltre il 31 dicembre 2005 il termine per le dismissioni delle partecipazioni di controllo in altre società escluse le imprese strumentali.

L'intervento sostitutivo dell'Autorità di vigilanza, originariamente previsto dall'articolo 25 del decreto legislativo n. 153/1999, è stato cancellato, successivamente, dalla legge 28 dicembre 2005, n. 262, che ha invece disposto che, allo scadere del termine previsto per la dismissione («a partire dal 1° gennaio 2006»), la fondazione non possa esercitare il diritto di voto nelle assemblee ordinarie e straordinarie

bilità per le fondazioni di «intervenire per favorire un ulteriore sviluppo degli interventi della Cassa a favore degli enti locali nel finanziamento delle infrastrutture».

³⁸¹ Nel senso della perdita di tali benefici conseguente alla mancata dismissione è anche la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 8 aprile 2003, n. 89.

delle società bancarie conferitarie o altre società, escluse le imprese strumentali, per le azioni eccedenti il 30 per cento del capitale rappresentato da azioni aventi diritto di voto nelle medesime assemblee; le azioni eccedenti possono con deliberazione dell'assemblea essere convertite in azioni prive del diritto di voto. Recentemente, il decreto legislativo 29 dicembre 2006, n. 303 (art. 4), ha abrogato questa disposizione limitativa del diritto di voto³⁸².

La legge n. 448/2001 ha previsto che la partecipazione nella società bancaria conferitaria possa essere affidata a una società di gestione del risparmio scelta secondo procedura competitiva, che la gestisce in nome proprio, salva la possibilità della fondazione di dare indicazioni per le deliberazioni dell'assemblea straordinaria nei casi previsti dall'articolo 2365 c. c.; la dismissione deve comunque essere realizzata non oltre il terzo anno successivo alla scadenza normalmente prevista per la dismissione, ossia il 31 dicembre 2005. La legge n. 448/2001 ribadisce l'esercizio dei poteri in capo al Ministero dell'economia e delle finanze e alla Banca d'Italia previsti dai testi unici in materia bancaria e creditizia e di intermediazione immobiliare (d.lgs. n. 385/1993 e d.lgs. n. 58/1998).

Le fondazioni di dimensioni patrimoniali non cospicue (patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro), nonché quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale non perdono la natura di ente commerciale né le agevolazioni fiscali se al 31 dicembre 2005 ancora in possesso di partecipazioni di controllo nella società bancaria conferitaria. Per queste fondazioni il termine per la cessazione delle agevolazioni è fissato alla fine del settimo anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 153/1999³⁸³.

Il legislatore, nel percorso «a tappe» che si è descritto, ha configu-

³⁸² La norma era stata fortemente criticata dall'ACRI, che ne aveva chiesto l'abrogazione. Il Vice Ministro dell'economia e finanze R. Pinza, al 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno 2006, ha affermato l'intenzione di eliminare la norma «che rischia di rivelarsi incostituzionale».

³⁸³ È stata infatti recentemente ribadita dal Presidente dell'ACRI l'opportunità di non «sacrificare banche di minori dimensioni che intendono mantenere un forte legame con il territorio e, dunque, essere il naturale riferimento delle attività economiche locali» (G. Guzzetti, cit. a nota 285, p. 4).

rato le dismissioni delle partecipazioni di controllo come consentite (in questo senso la legge n. 474/1994 e la direttiva Dini), poi come agevolate dalla disciplina fiscale e al contempo rese obbligatorie dalla disciplina transitoria. Infatti, come si è accennato, il decreto legislativo n. 153/1999 con le sue successive modificazioni, ultima tappa del percorso legislativo, ha previsto, conformemente alla legge delega, nel titolo relativo al regime tributario delle fondazioni bancarie, che la fondazione perda la qualifica di ente non commerciale e le agevolazioni fiscali se al 31 dicembre 2005 è ancora in possesso di una partecipazione di controllo (art. 12)³⁸⁴ e che le plusvalenze derivanti dal trasferimento delle azioni detenute nella società bancaria conferitaria e quelle realizzate dalla società a cui la fondazione ha conferito in tutto o in parte la partecipazione bancaria non concorrano alla formazione del reddito imponibile (ai fini IRPEG e IRAP) se il trasferimento avviene entro il 31 dicembre 2005 (art. 13). Queste norme intendono dunque agevolare fiscalmente le operazioni di dismissioni³⁸⁵. Per contro, la norma transitoria dell'articolo 25, della quale si è appena detto, configura, nello stesso testo legislativo, la dismissione come un obbligo³⁸⁶. In realtà, si tratta di aspetto liberamente disponibile dal legislatore speciale³⁸⁷, salvo il non potere configurare una dismissione autoritativa che consisterebbe in una vicenda espropriativa³⁸⁸. In effetti la preoccupazione del legislatore era disciplinare enti che, pur dotati di patri-

³⁸⁴ Pur non trattandosi in questo studio della disciplina tributaria inerente le fondazioni, occorre menzionare che con decorrenza 1° gennaio 2004 è stata disposta l'abrogazione dell'agevolazione della riduzione del 50 per cento dell'aliquota IRES (art. 2 d.l. 12.7.2004, n. 168, conv. in l. 30.7.2004, n. 191).

³⁸⁵ G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1211, parla di «*moral suasion* di natura tributaria».

³⁸⁶ Al riguardo in dottrina è stato sollevato l'interrogativo se un tale ordine di alienazione di partecipazione di controllo possa essere imposto a una persona giuridica privata, quale è la fondazione bancaria a seguito delle modifiche statutarie (così F. Merusi, cit. a nota 361, pp. 713 sgg.). Lo stesso Autore, cit. a nota 242, p. 97, rileva che le norme sulle dismissioni non hanno a oggetto le fondazioni in quanto tali, bensì un elemento a esse estraneo («la necessaria commutazione dei titoli partecipativi in altre disponibilità finanziarie»): sono pertanto norme speciali che perseguono «la privatizzazione "sostanziale" degli originari enti pubblici creditizi».

³⁸⁷ F. Merusi, cit. a nota 242, p. 98; S. Fortunato, cit. a nota 312, pp. 17 sgg.

³⁸⁸ E. del Prato, cit. a nota 278, p. 740.

moni considerevoli, operano per finalità di utilità sociale, ciò che poteva risultare compromesso da un patrimonio investito in massima parte in partecipazioni bancarie di controllo³⁸⁹. Ciò posto, il divieto a detenere partecipazioni di controllo in società bancarie doveva essere disciplinato, in quanto non poteva desumersi da altra normativa; il testo unico bancario, nel prevedere i casi cui non può essere rilasciata autorizzazione a detenere partecipazioni bancarie rilevanti o di controllo, non contempla le fondazioni, né queste possono essere ricondotte a soggetti contemplati da quella disciplina³⁹⁰.

La riduzione, ormai diffusa tra le fondazioni³⁹¹, delle loro partecipazioni nelle società conferitarie, ne muta il ruolo da gestori, quali erano in origine, a semplici investitori finanziari.

La questione va completata con la nozione di controllo cui il decreto fa riferimento. Per questa nozione il decreto (art. 6, c. 2) rimanda all'articolo 2359, commi 1 e 2 del codice civile³⁹²; specifica poi che

³⁸⁹ In questo senso R. Costi, «La riforma delle “fondazioni bancarie”», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1997, p. 516, che osserva che obiettivo del decreto legislativo n. 153/1999 era «liberare non tanto le banche dalle fondazioni, quanto le fondazioni dalle banche».

³⁹⁰ A. Gentili, cit. a nota 326, p. 408, osserva che l'obbligo di dismissione, anche qualora non fosse stato espressamente sancito, si poteva desumere dal decreto delegato: dall'esclusività degli scopi sociali; dalla limitazione delle partecipazioni di controllo alle società aventi imprese strumentali a fini sociali. In senso opposto erano peraltro le disposizioni relative al fine statutario dello sviluppo economico, il perdurare del controllo del Ministero del tesoro in caso di mancata dismissione, la perdita della qualifica di ente non commerciale.

³⁹¹ Da documento predisposto per il 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno 2006, risulta: «Attualmente su 88 Fondazioni 15 non hanno più partecipazioni nella conferitaria; 57 ne detengono una quota minoritaria; le altre 16 – che nel complesso, rappresentano il 4,8% del totale dei patrimoni delle Fondazioni, mentre le banche da esse partecipate costituiscono meno del 2% dell'attivo dell'intero sistema bancario – hanno più del 50%».

³⁹² Si tratta del controllo diretto o del controllo indiretto. Il controllo diretto è interno, a sua volta distinguibile in controllo di diritto (società che dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria – art. 2359, c. 1, n. 1), c. c.) e controllo di fatto (società che dispone dei voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria – art. 2359, c. 1, n. 2)), oppure esterno (società sotto l'influenza dominante di altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa – art. 2359, c. 1, n. 3)). Il controllo è indiretto quando ai fini di quanto sopra detto si computano i voti spettanti a società collegate, fiduciarie o a

l'influenza dominante, prevista dal n. 2 del comma 1 di tale norma codicistica, ricorre quando: «a) la fondazione, in base ad accordi di qualsiasi forma stipulati con altri soci, ha il diritto di nominare la maggioranza degli amministratori, ovvero dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; b) la fondazione ha il potere, in base ad accordi in qualsiasi forma stipulati con altri soci, di subordinare al proprio assenso la nomina o la revoca della maggioranza degli amministratori; c) sussistono rapporti, anche tra i soci, di carattere finanziario e organizzativo idonei ad attribuire i poteri o i diritti di cui alle lettere a) o b)». Sul punto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere 29 aprile 1999 aveva criticato tale formulazione, poi rimasta nella norma, ritenendola circoscritta in quanto «ristretta ai soli casi in cui la fondazione è in grado di nominare o condizionare la nomina della maggioranza degli amministratori della società partecipata, non tenendo conto delle numerose ipotesi in cui un'influenza dominante possa essere esercitata in altra forma»³⁹³. Ciò a differenza del testo unico bancario, che all'articolo 23 fornisce una nozione ben più ampia di controllo, comprendente, tra l'altro, le ipotesi di direzione e coordinamento³⁹⁴.

interposta persona, esclusi i voti spettanti per conto terzi (art. 2359, c. 2). La dottrina ha chiarito che ai fini del controllo diretto non si ha riguardo alla titolarità delle partecipazioni, bensì al potere di voto effettivamente a disposizione in situazione di stabilità; il controllo esterno si deve sostanziare in un vero e proprio condizionamento dell'autonomia statutaria (*Codice civile commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, libro V, coordinato da F. Lapertosa, S. Liebmann, G. Sbisà e A. Zoppini, art. 2359, Milano, 2005, pp. 1061-62). In merito al controllo indiretto, ove esso non sia previsto da particolari vincoli contrattuali, esso si trasmette a tutte le successive società controllate sulla base di rapporti di controllo interno G. Sbisà, «Società controllate e società collegate», in *Contratto e impresa*, 1997, p. 348.

³⁹³ Per una nozione limitata di controllo Cass., Sez. L., 20.11.1984, n. 5941; 5.4.1990, n. 2831; 3.8.1991, n. 8532; 23.3.2004, n. 5808. Nel senso di escludere soggettività o personalità giuridica del gruppo societario Cass., Sez. L., 24.4.1985, n. 2708; 23.11.1987, n. 8659; 17.6.1988, n. 4142; 8.7.1988, n. 4523; 9.6.1989, n. 2819; 29.11.1996, n. 10688; Sez. I, 8.2.1989, n. 795; 25.9.1990, n. 9706; 8.5.1991, n. 5123; 9.5.1992, n. 5525, 7.7.1992, n. 8271.

³⁹⁴ Corte Cass., Sez. I, 2.8.2002, n. 11591, ha ritenuto che la fondazione bancaria, in quanto titolare della totalità delle azioni ordinarie di una società bancaria, esercita un'influenza determinante e, ancorché priva di poteri di direzione e di coordinamento sulla controllata, è soggetta al potere sanzionatorio della CONSOB anche relativamente alla disciplina della concorrenza.

In considerazione della tassatività delle ipotesi previste dall'articolo 6, non suscettibili di applicazione estensiva, specie in un sistema di ristrutturazione del sistema creditizio, con fusione di banche partecipate da diverse fondazioni, la norma rende ammissibile un controllo esercitato nelle possibili forme da essa non contemplate: rende quindi possibili controlli di fatto, in imprese operanti in svariati settori e una permanenza di fatto della fondazione nell'impresa bancaria.

La disciplina è stata tuttavia integrata, con la legge n. 448/2001, con la previsione che «una società bancaria o capogruppo bancario si considera controllata da una fondazione anche quando il controllo è riconducibile, direttamente o indirettamente, a più fondazioni, in qualunque modo o comunque sia esso determinato» (art. 5-bis d.lgs. n. 153/1999). È stato in proposito chiarito dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 301/2003 che la norma intende «ricomprensere nella nozione di controllo l'esistenza di accordi di sindacato tra più fondazioni». Per aversi controllo non è sufficiente che la somma delle partecipazioni appartenenti a più fondazioni sia pari alla quota di controllo; è invece necessaria la sussistenza del controllo inteso secondo l'accezione, appena descritta, di cui all'articolo 6 ancorché esercitato congiuntamente da più fondazioni legate da accordi finalizzati al controllo bancario, non presunti bensì provati ed effettivi. Il decreto ministeriale n. 150/2004, recependo le indicazioni della Corte, dispone che si ha «controllo congiunto di due o più fondazioni, quando esse, mediante accordi di sindacato, realizzano le ipotesi previste dall'articolo 6, commi 2 e 3, lettere a) b) e c) del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. L'esistenza dell'accordo va provata in forma scritta. Restano ferme le ipotesi di controllo solitario, contemplate nel medesimo articolo 6». Nel caso venga accertato il controllo congiunto «le fondazioni devono sciogliere l'accordo di sindacato o recedere da esso entro il termine di novanta giorni dalla data di comunicazione da parte dell'Autorità di vigilanza» (art. 6).

La riforma del diritto societario ha lasciato invariato l'articolo 2359 del codice civile, ma ha introdotto disposizioni in ordine alla direzione e coordinamento di società, aspetti già menzionati dall'articolo 23 del testo unico bancario. Gli articoli 2497-sexies e 2497-septies fanno espresso riferimento al controllo ex articolo 2359 stabilendo, rispettivamente, la presunzione fino a prova contraria della sussistenza di attività di direzione e coordinamento nel caso di controllo ai sensi del-

l'articolo 2359 e fuori di tali casi nella fattispecie di controllo sulla base di un contratto con le società medesime o di clausole dei loro statuti. Questo controllo diretto è configurato dall'articolo 2359: si tratta del controllo diretto rispetto al quale l'articolo 2359 ha contenuto imperativo, e non ammette «la prova contraria e cioè la prova del mancato ricorrere in concreto all'influenza dominante anche solo potenziale»; ciò potrebbe dare luogo all'ipotesi della direzione o controllo in capo a soggetto diverso (controllo plurimo disgiunto)³⁹⁵. In questa ipotesi, ora contemplata dall'articolo 2497-sexies, il controllo riconducibile all'ipotesi di cui all'articolo 2359, commi 1 e 2, si esplicita nell'assemblea e dunque come possibilità di influenza sulla nomina dell'organo amministrativo e quindi indirettamente sulla gestione della società ed è superabile dalla prova contraria. Nel secondo caso (controllo esterno) si ha un controllo effettivo nei confronti della società. Con la previsione dell'articolo 2341-bis relativo ai patti parasociali si ammette poi l'esercizio anche congiunto di un'influenza dominante sulle società. Dunque anche questa ipotesi sarebbe riconducibile all'influenza dominante richiesta dall'articolo 2359. Parimenti la nozione di controllo esterno prevista dall'articolo 2359, comma 1, n. 3, va letta in combinazione con l'articolo 2497-septies.

Quanto alle modalità delle dismissioni delle partecipazioni nella società bancaria conferitaria l'articolo 7, comma 3, del decreto legislativo n. 153/1999 prevede che le relative operazioni «sono previamente comunicate all'Autorità di vigilanza insieme con un prospetto informativo sul quale sono illustrati i termini, le modalità, gli obiettivi e i soggetti interessati all'operazione». La fondazione può procedere alle operazioni deliberate se non sono state formulate osservazioni trascorsi trenta giorni dal ricevimento della comunicazione.

³⁹⁵ M. Lamandini, commento all'articolo 2359 c. c., in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Piccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. I, Napoli, 2004, pp. 396 sgg.

43. *Il bilancio e le scritture contabili*

Per il bilancio e la tenuta dei libri e delle scritture contabili sono stabilite norme analoghe a quelle previste per le società (art. 9, c. 3)^{396, 397}.

L'Autorità di vigilanza disciplina con regolamento la redazione e le forme di pubblicità dei bilanci e della relativa relazione, al fine di assicurare trasparenza e consentire la verifica dell'effettivo perseguimento degli obiettivi di conservazione del valore del patrimonio e dei criteri seguiti per ottenerne un'adeguata redditività (art. 9, c. 5). Atto di indirizzo in materia di redazione di bilancio era stato emanato dal Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica il 19 aprile 2001 per il bilancio dell'esercizio 2000, per consentire il passaggio al citato ordinamento contabile previsto dal decreto delegato.

44. *Gli organi*

In tema di organi della fondazione la legge delega n. 461/1998 ha previsto i seguenti principi: distinti organi di indirizzo, di amministrazione e di controllo³⁹⁸; composizione che garantisca onorabilità, professionalità; previsioni di incompatibilità per coloro che ricoprono i rispettivi incarichi; nell'organo di indirizzo la previsione della rappresentanza del territorio e l'apporto di personalità che per preparazione ed esperienza possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali³⁹⁹. Nelle fondazioni con operatività terri-

³⁹⁶ G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1213, osserva che il modello societario «è diventato, infatti, il punto di riferimento per garantire un più efficace perseguimento dei fini che l'ente *non profit* realizza e per offrire una più visibile e trasparente struttura».

³⁹⁷ Secondo l'atto di indirizzo 5 agosto 1999 l'osservanza di questa prescrizione va opportunamente richiamata nello statuto.

³⁹⁸ La circolare del Ministro del tesoro 28 giugno 1995 aveva previsto l'opportunità per gli enti a struttura istituzionale di distinguere le funzioni di supervisione, indirizzo, programmazione e controllo da quelle di gestione.

³⁹⁹ Già la direttiva 18 novembre 1994 aveva previsto che «la composizione degli organi collegiali deve favorire una maggiore rappresentatività degli interessi connessi ai settori di intervento prescelti» (art. 6, c. 1, lett. a)).

torialmente delimitata in ambito locale, la rappresentanza del territorio è garantita dalla presenza negli organi collegiali di una rappresentanza non inferiore al 50 per cento di persone residenti da almeno tre anni nel territorio stesso. Differenziando dall'impostazione precedente, la legge delega ha previsto l'incompatibilità tra la carica di consigliere di amministrazione nell'ente conferente e la stessa carica nella società conferitaria, conformemente alla separazione che la legge delega intende affermare tra le fondazioni e la società bancaria⁴⁰⁰.

La materia degli organi risulta disciplinata dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 153/1999 e oggetto di precisazioni a opera dell'atto di indirizzo 5 agosto 1999; rilevanti modifiche sono state apportate dalla legge n. 448/2001, rispetto alle quali è stata sollevata eccezione di illegittimità costituzionale; sul tema è dunque intervenuta la Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 301/2003.

Il decreto delegato fissa, nella materia, i principi cui gli statuti devono ispirarsi nello stabilire il modello di *governance* deciso da ciascuna fondazione, seppure coerente con i principi posti dal legislatore.

Viene ribadita la fondamentale distinzione tra funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo. Per queste devono essere previsti tre organi distinti (art. 4, c. 1, lett. a)⁴⁰¹; parallelamente la tripartizione vale sul piano dell'organizzazione (in tema di gestione del patrimonio, quando non affidata a intermediari abilitati, è previsto che sia svolta con modalità organizzative idonee ad assicurarne la separazione dalle altre attività della fondazione – art. 5, c. 2).

⁴⁰⁰ Si ricorda (paragrafo 31) che il decreto legislativo n. 356/1990 era invece impostato sulla continuità operativa tra ente conferente e società conferitaria, prevedendo la nomina di componenti di organi dell'ente in analoghi organi della società conferitaria; era inoltre ammesso il cumulo delle cariche e dei compensi (art. 12, c. 1, lett. c) ed e)).

⁴⁰¹ L'atto di indirizzo 5 agosto 1999 osserva trattarsi di un «*modulo minimo inderogabile*» e inoltre di un criterio direttivo cui ispirare l'eventuale ulteriore articolazione organizzativa: la tripartizione è giustificata da una dialettica interna che garantisca la trasparenza e limiti i rischi di abuso e di meglio individuare le rispettive competenze (F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 328). La genericità delle formule «indirizzo» e «amministrazione» consente un'articolazione differenziata in sede statutaria (A. Guaccero, «Gli organi delle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2002, p. 757; A. Pavone La Rosa, cit. a nota 341, p. 7).

Le competenze dell'organo di indirizzo sono espressamente previste dalla norma. Si tratta della determinazione dei programmi, delle priorità e degli obiettivi della fondazione e verifica dei risultati, e comunque delle seguenti attività: approvazione e modifiche di statuti e regolamenti; nomina e revoca dei componenti dell'organo di amministrazione e di controllo e relativi compensi; esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti di detti organi; bilancio; linee generali della gestione patrimoniale e della politica degli investimenti; trasformazioni e fusioni (art. 4, c. 1, lett. b)); istituzione di imprese strumentali (art. 9, c. 3)⁴⁰². L'elencazione è esemplificativa: non sono esclusi altri compiti, nel rispetto della tripartizione delle funzioni.

Le funzioni dell'organo di amministrazione attengono alla gestione e a proposta e impulso dell'attività dell'ente, nell'ambito di programmi, priorità e obiettivi stabiliti dall'organo di indirizzo. Il fulcro dell'attività dell'organo di amministrazione è la gestione della fondazione intesa come gestione dell'organizzazione, che si distingue dalla gestione del patrimonio e che consiste nell'attività di erogazione, secondo programmi di priorità e obiettivi definiti dall'organo di indirizzo, di gestione progettuale, nonché dell'attività delle società partecipate, attraverso le quali si esplica in via mediata l'attività della fondazione.

Le determinazioni dell'organo di indirizzo in ordine ai programmi, alle priorità e agli obiettivi vincolano l'organo amministrativo. Quest'ultimo, peraltro, informa la sua attività al supremo interesse della fondazione e in conformità agli scopi statutari ed è da ritenere che possa non dare esecuzione a determinazioni dell'organo di indirizzo ritenute pregiudizievoli⁴⁰³.

⁴⁰² A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 774 osserva che i poteri attribuiti all'organo di indirizzo sono di organizzazione, di amministrazione e di controllo; tra questi ultimi rientra l'approvazione del bilancio che è, peraltro, momento di sintesi dell'attività di controllo sulla gestione condotta dall'organo amministrativo, nonché potere organizzativo e amministrativo. E. del Prato, cit. a nota 278, p. 744, ritiene che i compiti dell'organo di indirizzo siano di alta amministrazione e che la loro ampiezza affievolisca la potestà dell'autorità di controllo e quindi il controllo pubblicistico; si verifica una situazione opposta a quella della fondazione di diritto comune, nella quale la mancanza di un organo sovrano determina l'esternalizzazione di attribuzioni verso il controllo dell'autorità amministrativa.

⁴⁰³ A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 776.

Le competenze dell'organo di controllo non risultano espressamente descritte dalla norma.

La composizione dell'organo di indirizzo, tema modificato dai provvedimenti che si sono succeduti, è comunque sempre stata incentrata sui seguenti aspetti conformemente alla legge delega: adeguata rappresentanza del territorio; professionalità e competenza in relazione alle finalità istituzionali⁴⁰⁴.

La rappresentanza del territorio, dettata dal fine di perpetuare il legame tradizionalmente esistente tra l'istituto di credito e il territorio di riferimento, era stata intesa nel testo originario dell'articolo 4, comma 1, lettera c) come «adeguata e qualificata» «con particolare riguardo agli enti locali»; la legge n. 448/2001 ha modificato il testo, richiedendo «una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, diversi dallo Stato, di cui all'articolo 114 della Costituzione, idonea a riflettere le competenze nei settori ammessi in base agli articoli 117 e 118 della Costituzione». Se già con il testo originario della disposizione era stato rilevato il pericolo che tale presenza del settore pubblico compromettesse la natura privatistica delle fondazioni⁴⁰⁵, il riferimento ancor più puntuale e ristretto agli enti territoriali e la previsione della loro rappresentanza «prevalente» introdotti dalla legge n. 448/2001 hanno giustificato la censura di legittimità costituzionale^{406, 407}.

Il pericolo per la natura privatistica delle fondazioni non risultava immotivato: lo stesso Consiglio di Stato ha ritenuto che la disposizio-

⁴⁰⁴ In proposito G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1212, parla di «composizione mista».

⁴⁰⁵ A. Gentili, cit. a nota 326, p. 412. L'influenza degli enti locali potrebbe essere particolarmente rivolta alla «promozione dello sviluppo economico» (G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1212).

⁴⁰⁶ Su questo aspetto e su altre disposizioni dell'articolo 11 della legge n. 448/2001 le fondazioni bancarie proposero un ricorso al T.A.R. Lazio, il quale rimise la questione alla Corte costituzionale, che si esprime con le pronunce nn. 300 e 301 del 24 settembre 2003.

⁴⁰⁷ Anche rispetto a questa modifica introdotta dalla legge n. 448/2001 si è parlato, in dottrina, di «ripubblicizzazione sostanziale» (M. Clarich e A. Pisaneschi, cit. a nota 331, p. 336): la compressione dell'autonomia statutaria, il legame con i soli enti pubblici territoriali secondo le funzioni a questi attribuite dalla Costituzione fanno delle fondazioni bancarie enti strumentali rispetto ai quali gli enti territoriali esercitano una posizione egemone (M. Clarich e A. Pisaneschi, cit. a nota 331, p. 336; S. Fortunato, cit. a nota 312, p. 1).

ne in commento giustificasse la riconduzione delle fondazioni bancarie all'organismo di diritto pubblico previsto dalla disciplina comunitaria e conseguentemente l'applicazione alle fondazioni delle procedure di gara per i servizi e i lavori di importo eccedente la soglia comunitaria. Non solo: nell'osservare che la disposizione della legge n. 448/2001 si applica alle sole fondazioni non associative, con conseguente disparità di disciplina nelle procedure di gara rispetto alle fondazioni associative, il Consiglio di Stato suggeriva che queste ultime fondazioni potessero in sede statutaria prevedere l'obbligo del rispetto delle procedure comunitarie⁴⁰⁸.

Invero, le preoccupazioni per un'eccessiva influenza degli enti territoriali possono essere, nella lettera della legge, attenuate dall'altro criterio per la composizione dell'organo di indirizzo, la professionalità e competenza, come tra breve si dirà, e dalla previsione dell'esclusione della rappresentanza tra designante e designato, con la formula secondo cui i componenti dell'organo di indirizzo non rappresentano i soggetti che li hanno nominati né a essi rispondono⁴⁰⁹. L'atto di indirizzo osserva che «tutte le designazioni devono essere fatte nell'interesse della fondazione»⁴¹⁰: proprio la Corte costituzionale ha rilevato come l'utilizzo del termine «rappresentanza» sia atecnico, riferito al potere di designazione, che si esaurisce con il suo esercizio e non comporta vincolo di mandato. Così intesa, la rappresentanza, ancorché prevalente, potrebbe non influenzare l'operatività della fondazione. La censura che la Corte ha mosso rispetto alla previsione riguarda, invece, la limitazione del potere di designazione ai soli enti territoriali e non, più genericamente, a «enti, pubblici o privati, comunque espressivi delle realtà locali». La norma è stata dunque dichiarata incostituzionale nella parte in cui non prevede la formula appena menzionata.

⁴⁰⁸ Cons. Stato, parere, 1° luglio 2002, n. 1354. Il Consiglio di Stato pare assestato su questa interpretazione, ribadita nel successivo parere 13 gennaio 2003, n. 4751.

⁴⁰⁹ T.A.R. Piemonte, Sez. 2, 21.11.1995, nn. 616 e 618.

⁴¹⁰ Una particolare incompatibilità è prevista dall'atto di indirizzo 22 maggio 2001 in capo ai soggetti che fanno parte di organi decisionali che concorrono alle designazioni di componenti negli organi delle fondazioni: questi soggetti non possono ricoprire funzioni di indirizzo, amministrazione o controllo presso le stesse fondazioni se non è decorso almeno un anno dalla cessazione dalla suddetta carica.

Riguardo alla professionalità, si tratta «dell'apporto di personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali» (art. 4, c. 1, lett. c)).

Per tutti gli organi della fondazione i requisiti di professionalità e onorabilità⁴¹¹ vanno intesi, come previsto dalla legge n. 448/2001, «come requisiti di esperienza e di idoneità etica confacenti ad un ente senza scopo di lucro». La disposizione che queste previsioni da parte dello statuto debbano avvenire nel rispetto degli indirizzi generali fissati dall'autorità di controllo è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 301/2003 in quanto lesiva dell'autonomia delle fondazioni. Altrettanto dicasi per le ipotesi di incompatibilità e cause comportanti sospensione o decadenza per garantire indipendenza ed evitare conflitti di interesse⁴¹²: queste sono determinate dagli statuti con riferimento a tutti gli organi e su di essi non possono intervenire atti di indirizzo dell'Autorità di vigilanza.

Lo statuto nello stabilire i requisiti, oltre a recepire quanto espressamente previsto dal decreto, ben potrebbe stabilire altri requisiti (per rimanere all'esempio dell'atto di indirizzo, titoli culturali e professionali e di competenza ed esperienza anche specifiche) fissati in termini generali e oggettivi.

La legge non stabilisce il numero dei componenti ma fissa per gli statuti il criterio di un numero di componenti idoneo ad assicurare l'idoneo esercizio dei relativi compiti. L'atto di indirizzo indica al riguardo il criterio di adeguatezza per tale efficace esercizio, valido per i tre principali organi della fondazione. Le modalità di designazione e

⁴¹¹ Secondo l'atto di indirizzo per i requisiti di onorabilità non è sufficiente il rinvio alle disposizioni vigenti per il settore bancario; esso suggerisce riferimenti al testo unico della finanza (d.lgs. n. 58/1998) e alla disciplina sulle ONLUS (d.lgs. n. 460/1997), ben potendo il requisito essere diversamente graduato per i diversi organi.

⁴¹² In tema di conflitto di interesse l'atto di indirizzo rinvia a previsione statutaria lo stabilire che chi si trova in conflitto di interesse ne dia immediata comunicazione all'organo di appartenenza ed eventualmente all'organo di controllo e si astenga dal partecipare alla decisione. Qualora il conflitto perduri si applicano la sospensione o la decadenza. Spetta altresì allo statuto prevedere le sanzioni per la violazione di tali obblighi.

di nomina devono consentire «un'equilibrata, e comunque non maggioritaria, rappresentanza di ciascuno dei singoli soggetti che partecipano alla formazione dell'organo» (art. 4, c. 1, lett. c)). L'atto di indirizzo ha infatti affermato che si intendono evitare designazioni maggioritarie che possano determinare collegamento permanente con strutture istituzionali, in violazione all'autonomia delle fondazioni, le quali nel perseguire scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico non esercitano un ruolo sostitutivo di altri soggetti istituzionali.

La materia è stata compiutamente regolata dall'articolo 3 del decreto n. 150/2004 (si veda la nota 333), che ha recepito le indicazioni della Corte indicando agli statuti, cui spetta la definizione del procedimento di nomina dell'organo di indirizzo, di prevedere che questo organo sia composto da una prevalente e qualificata rappresentanza degli enti, non solo pubblici ma anche privati, espressivi delle realtà locali individuati dallo statuto e, per la restante parte, da personalità che per professionalità, competenza ed esperienza, in particolare nei settori cui è rivolta l'attività della fondazione, possano efficacemente contribuire al perseguimento dei fini istituzionali, designate o nominate da soggetti, persone fisiche o giuridiche di riconosciuta indipendenza e qualificazione, che operano nei settori di intervento della fondazione. Le designazioni o nomine devono consentire l'equilibrata composizione dell'organo e che non vi sia designazione maggioritaria da parte di alcun soggetto. Il regolamento reintroduce la possibilità di nomina per cooptazione, già abrogata dalla legge n. 448/2001, limitandola ai soli casi di personalità di chiara e indiscussa fama.

Le fondazioni devono adeguare i propri statuti alle suddette prescrizioni (l'obbligo scadeva entro 90 giorni dall'entrata in vigore del decreto n. 150/2004) e il mandato degli organi in carica non viene computato ai fini del limite di conferma per una sola volta. Fino alla ricostituzione degli organi conseguente alla modifica statutaria secondo le norme introdotte dalla legge n. 448/2001 e, conseguentemente, dal decreto n. 150/2004, le fondazioni, in assenza di specifica autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, limitavano «la propria attività all'ordinaria amministrazione nella quale è ricompresa l'esecuzione dei progetti di erogazione già approvati» (art. 11, c. 14, l. n. 448/2001).

La legge n. 448/2001 ha aggiunto alla norma un periodo che evita un conflitto di interessi tra soggetti designanti, componenti degli or-

gani e beneficiari degli interventi: i soggetti designanti l'organo di indirizzo e i componenti di tutti gli organi non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni⁴¹³. La Corte costituzionale, respingendo le censure avanzate verso la norma, che si intendeva non applicabile a rappresentanti designati dagli enti locali, ha chiarito che essa va interpretata nel senso che le fondazioni non possono svolgere la loro attività a vantaggio diretto dei componenti degli organi, né di coloro che li hanno nominati; sono invece consentiti interventi intesi a soddisfare questi interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti che designano i componenti nell'organo di indirizzo. Recependo le indicazioni della Corte il decreto n. 150/2004 stabilisce, all'articolo 4, comma 2, che «I componenti degli organi delle fondazioni non possono essere destinatari di attività delle fondazioni stesse a loro diretto vantaggio, salvi gli interventi destinati a soddisfare gli interessi, generali o collettivi, espressi dagli enti designanti».

Non possono nominare componenti di tutti gli organi della fondazione le associazioni rappresentative o di categoria.

Un particolare regime di incompatibilità è previsto tra l'esercizio di funzioni presso la fondazione e presso la società bancaria conferitaria o sue controllate o partecipate: «I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria o sue controllate o partecipate. I soggetti che svolgono funzioni di indirizzo presso la fondazione non possono ricoprire funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la società bancaria conferitaria» (art. 4, c. 3)). La norma è stata introdotta dalla legge n. 448/2001⁴¹⁴ e successivamente ancora mo-

⁴¹³ La *ratio* della disposizione risiede nell'evitare conflitti di interesse, non a escludere la presenza nell'organo della rappresentatività degli interessi dei beneficiari (così E. del Prato, cit. a nota 278, p. 745); al contrario, una maggior presenza dei beneficiari negli organi, ossia dei portatori di interessi legittimi, è auspicata anche da P. Rescigno, «Fondazioni bancarie e codice civile», in *Le fondazioni bancarie*, Atti del convegno di studi, Salerno, 16 ottobre 1998, Milano, 1999, p. 35. L'atto di indirizzo 5 agosto 1999, in assenza di questa norma, aveva ritenuto opportuna l'incompatibilità tra componente di organi della fondazione e amministratore di organizzazioni di destinatari di interventi con cui la fondazione ha rapporti organici e permanenti.

⁴¹⁴ L'atto di indirizzo 22 maggio 2001 ha previsto un'incompatibilità strettamente

dificata (con l. n. 289/2002 e l. n. 350/2003); essa è ripresa dal decreto n. 150/2004; precedentemente era prevista soltanto l'incompatibilità per i membri dell'organo di amministrazione con le funzioni di consigliere di amministrazione nella società bancaria conferitaria. La disposizione è stata impugnata avanti la Corte costituzionale ritenendosi lesiva della capacità delle persone la previsione dell'incompatibilità non soltanto rispetto a funzioni presso la banca conferitaria ma anche presso altre società operanti nel settore bancario, finanziario o assicurativo. La Corte ha respinto l'eccezione ritenendo scopo della norma il recidere i legami tra le fondazioni e le banche conferitarie e che ciò possa essere garantito soltanto estendendo l'incompatibilità alle società in rapporto di partecipazione azionaria o di controllo con la banca conferitaria⁴¹⁵.

L'atto di indirizzo aggiunge l'opportunità di incompatibilità tra componenti gli organi di più fondazioni bancarie, al fine di evitare interferenze o conflitti di interesse specie nella gestione patrimoniale delle fondazioni partecipate.

I componenti degli organi possono essere confermati una sola volta; la durata in carica, necessariamente temporanea, è rimessa agli statuti.

Relativamente all'organo di controllo il decreto nulla dispone in merito alle funzioni⁴¹⁶; si limita a una previsione relativa alla compo-

collegata alla detenzione di una partecipazione di controllo, o comunque rilevante, della società bancaria conferitaria o di altra banca: chi svolge funzioni di amministrazione, direzione o controllo presso la fondazione non può ricoprire le funzioni di amministratore presso le società o banche o le società da queste controllate con una partecipazione rilevante.

⁴¹⁵ E. F. M. Emanuele, cit. a nota 332, p. 245, critica la previsione, sia perché esclude di partecipare attivamente alla gestione della banca, sia perché esclude la compatibilità con cariche sociali anche in società partecipate dalla società conferitaria indipendentemente dalla misura della partecipazione. Relativamente all'incompatibilità negli organi della società bancaria conferitaria si può osservare che, anche a seguito della dismissione delle partecipazioni di controllo, le fondazioni possono mantenere una partecipazione economicamente significativa nella società bancaria: l'incompatibilità potrebbe apparire non coordinata con la tutela degli azionisti che il diritto societario intende realizzare.

⁴¹⁶ Si ritiene si tratti di una generale funzione di vigilanza sull'attività gestoria, limitata alla legittimità (così A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 787; M. TuoZZo, «L'as-

sizione, stabilendo che avvenga con persone aventi i requisiti professionali per l'esercizio del controllo legale dei conti. Riferimenti a un compito dell'organo di controllo sono peraltro contenuti nell'articolo 10, dedicato all'Autorità di vigilanza, il quale prevede che l'organo di controllo informi senza indugio l'Autorità di vigilanza di tutti gli atti o i fatti che possano costituire irregolarità nella gestione o violazione delle norme che disciplinano l'attività delle fondazioni e segnali alla stessa Autorità la mancata adozione di provvedimenti necessari in casi di incompatibilità, sospensione o decadenza di componenti gli organi.

L'atto di indirizzo 5 agosto 1999 specifica che i compiti sono desumibili dalle corrispondenti disposizioni del codice civile: in dottrina si ritiene che si faccia riferimento all'unico organo di controllo previsto dal codice, ossia il collegio sindacale della società per azioni⁴¹⁷. La previsione è peraltro rinviata, anche nella sua disciplina, alla fonte statutaria.

Nel caso l'Autorità di vigilanza, ai sensi dell'articolo 10, comma 3, lettera h), disponga la revisione dei bilanci, anche per categorie di fondazioni, da parte di società di revisione abilitate ai sensi del testo unico n. 58/1998, si avrebbe (in applicazione delle disposizioni in materia di collegio sindacale (artt. 2403, c. 2, e 2409-bis, c. 2)) esclusione del compito dell'organo di controllo inerente la verifica della regolare tenuta della contabilità.

La legislazione speciale non dispone in ordine alla responsabilità e alla limitazione del potere di rappresentanza: può dunque ritenersi che in assenza di disciplina speciale si applichi il diritto comune, ossia gli articoli 18 e 19 del codice civile.

Il riferimento alle norme sul mandato comporta la revocabilità dei componenti degli organi da parte dei soggetti, od organi, che li hanno designati secondo le regole del mandato e, quindi, anche in assenza di

semblea nelle fondazioni di origine bancaria», in *Contratto e impresa*, 2004, p. 467), ovvero estesa al merito (così A. M. Siniscalchi, «Il sistema delle Fondazioni tra autonomia privata e norme di intervento», sub art. 2, comma 1°, lett. g), l. n. 461/1998, in *Le fondazioni bancarie. Commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153, all'atto di indirizzo del Ministro del Tesoro 5 agosto 1999*, Napoli, 1999, pp. 187 sgg.).

⁴¹⁷ A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 784.

giusta causa. Diversamente la dottrina propende per la sola revoca per giusta causa dei componenti dell'organo di indirizzo. Quanto alle limitazioni del potere di rappresentanza, si presenta una difficoltà di rendere conoscibili ai terzi le limitazioni al potere di rappresentanza, ex articolo 19 del codice, non essendo prevista l'iscrizione delle fondazioni bancarie nel registro delle persone giuridiche⁴¹⁸; il problema non si pone in caso di esercizio di imprese strumentali, che comporta iscrizione nel registro delle imprese, come si è detto al paragrafo 36.

Come espressamente affermato dall'atto di indirizzo non è escluso che le fondazioni si dotino di altri organi⁴¹⁹.

Lo stesso decreto legislativo prevede che nelle fondazioni di origine associativa, per le quali vale la tripartizione suddetta, sia lasciata all'autonomia statutaria la scelta di mantenere o meno la previsione dell'assemblea dei soci, ferme restando le competenze dell'organo di indirizzo⁴²⁰.

L'unico compito specificamente previsto dalla legge in capo all'assemblea, configurato come mera possibilità, è la nomina di rappresentanti nell'organo di indirizzo, che ne rappresentino una componente non maggioritaria: i componenti nominati dall'assemblea non possono superare la metà dei componenti dell'organo di indirizzo⁴²¹. Non sono peraltro esclusi altri compiti dell'assemblea⁴²². In proposito l'atto di indirizzo cita «il dare voce e continuità agli interessi storici originari delle fondazioni, nel contesto delle funzioni previste dal nuovo ordinamento» e indica quali esempi delle attribuzioni assembleari quelle proprie del collegio dei probiviri, ovvero di garanzia di osservanza del codice etico delle fondazioni, di istanza di tutela dei soggetti destinatari degli interventi. La definizione delle funzioni dell'assemblea è quindi rimessa alla previsione statutaria, nell'ambito

⁴¹⁸ In questo senso M. V. De Giorgi, cit. a nota 274, p. 654.

⁴¹⁹ In questo senso A. Gentili, cit. a nota 326, p. 66.

⁴²⁰ L'atto di indirizzo indica espressamente che le assemblee «non possono svolgere in alcun modo compiti di organo di indirizzo».

⁴²¹ F. Merusi, cit. a nota 361, p. 4, esprime perplessità su tale organo e sulla riduzione delle sue funzioni, stante la presenza dell'organo di indirizzo.

⁴²² A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 759, ritiene, per il caso in cui unico compito dell'assemblea sia la designazione di componenti nell'organo di indirizzo, che l'assemblea stessa non sia organo.

dell'autonomia dell'ente; gli ulteriori e nuovi compiti dell'assemblea possono essere previsti nel rispetto delle funzioni riservate dalla legge all'organo di indirizzo e agli altri organi.

L'atto di indirizzo afferma l'incompatibilità di componente dell'assemblea dei soci e quella di componente dell'organo dell'indirizzo, di amministrazione e di controllo, e di direttore generale della fondazione. La previsione può apparire come un'indicazione per gli statuti, dovendo le ipotesi di incompatibilità essere previste da una fonte legislativa⁴²³, come del resto lo stesso decreto delegato per altre ipotesi mostra. In realtà, l'atto di indirizzo in più parti prevede ipotesi di incompatibilità e, per l'aspetto qui considerato, nel prevedere la decadenza da tale carica di membri dell'assemblea designati nell'organo di indirizzo, di amministrazione e controllo si esprime in termini cogenti.

Giova osservare che l'assemblea della fondazione bancaria, ancorché mantenuta dal legislatore come possibilità rimessa alla scelta statutaria per le fondazioni su base associativa, dovendo rispettare la tripartizione degli organi e non potendo incidere sulle competenze dell'organo di indirizzo, assume connotati ben diversi dalle originarie assemblee dei soci⁴²⁴.

La previsione dell'assemblea è comunque riconducibile alla tradizionale presenza dell'assemblea nell'originaria Cassa di risparmio e

⁴²³ Il Consiglio di Stato ritiene che norma regolamentare (regolamento ministeriale attuativo) non possa prevedere ulteriori limiti all'autonomia privata che non trovino espresso fondamento nella legge (in questo senso Cons. Stato, Sez. Atti normativi, 1.7.2002, n. 1354); T.A.R. Lazio, Sez. III, 1.6.2000, n. 4546, ha ritenuto l'atto di indirizzo atto interpretativo della normativa primaria, in quanto tale insuscettibile di produrre effetti vincolanti per i destinatari. Nella disciplina in materia di fondazioni bancarie si registra una relazione anomala tra norme primarie e norme secondarie, talvolta (come nel caso della direttiva 18.11.1994) intervenute a modificare regole e principi fissati con norma primaria: in questo senso P. Schlesinger, cit. a nota 316, p. 426.

⁴²⁴ F. Capriglione, «Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del "controllo" sulle s.p.a. conferitarie», in *Le «fondazioni bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999, p. 93, parla di «sostanziale svuotamento di funzioni a danno delle preesistenti assemblee dei soci». F. Galgano, cit. a nota 265, pp. 826-27, già rispetto al decreto legislativo n. 356/1990 rilevava la differenza rispetto alle originarie assemblee delle Casse di risparmio.

non è dunque assimilabile alla presenza dell'organo assembleare che, come si è detto al paragrafo 11, connota la moderna fondazione secondo un avvicinamento di questa al modello associativo senza, peraltro, che tale presenza faccia pensare alla presenza di un'associazione⁴²⁵. Né può costruirsi un'analogia con il modello societario, che prevede, come del resto l'associazione, la presenza necessaria dell'assemblea. Unica analogia con le società, e specificamente con il sistema dualistico, è la nomina «di secondo grado» degli amministratori⁴²⁶ nominati dall'assemblea nell'organo di indirizzo e da questo nel consiglio di amministrazione, con peraltro evidenti distinzioni quanto alla configurazione degli organi.

Nel riferimento ad altri organi l'atto di indirizzo cita, con funzione di mero esempio, organi tecnici («comitati scientifici, nuclei tecnici di valutazione»).

L'atto di indirizzo espressamente menziona il presidente, prevedendone l'opportunità «al fine di assicurare l'unitarietà operativa della fondazione e l'univoca rappresentanza dell'ente all'esterno», che le funzioni di presidente dell'organo di indirizzo e dell'organo di amministrazione siano riunite nella stessa persona, ma che quelle di presidente dell'organo di indirizzo siano limitate a quelle attinenti allo svolgimento delle riunioni, per evitare situazioni di interferenza⁴²⁷.

L'atto di indirizzo espressamente menziona anche il direttore generale, non menzionato nella legislazione che cita però la funzione di direzione.

L'ammissibilità di un comitato esecutivo quale articolazione del consiglio di amministrazione è pacificamente sostenuta, in conformità a quanto ritenuto per la fondazione di diritto comune (si veda paragrafo 11) e in analogia con le società per azioni⁴²⁸. Il comitato può es-

⁴²⁵ Differenza fondamentale tra associazione e fondazione rimane l'indisponibilità dello scopo da parte dell'assemblea della fondazione.

⁴²⁶ F. Galgano, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, p. 37; M. TuoZZo, cit. a nota 416, p. 473.

⁴²⁷ Contro questa soluzione F. Merusi, «Natura e rilevanza dell'atto di indirizzo», in *Le «fondazioni bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999, pp. 30 sgg. e F. Capriglione, cit. a nota 424.

⁴²⁸ A. Gentili, «La riforma delle fondazioni bancarie: gli organi», in *Le «fondazioni*

sere o meno collegiale e operare o meno con metodo collegiale. Si ritengono applicabili le limitazioni in ordine alla delega di attribuzioni previste per la società per azioni dall'articolo 2381 del codice civile: non sono quindi delegabili né le competenze relative all'emissione di titoli di debito né quelle relative alla relazione del bilancio.

La dottrina ammette poi la possibilità di nomina di collegi arbitrari⁴²⁹.

45. La vigilanza

Conformemente a quanto previsto dalla legge delega (art. 2, c. 1, lett. i)), la vigilanza sulle fondazioni bancarie è attribuita dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 153/1999 al Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ora Ministero dell'economia e delle finanze). Si tratta di un'attribuzione transitoria, «fino all'entrata in vigore della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile», ma applicabile anche successivamente a tale disciplina «finché ciascuna fondazione rimarrà titolare di partecipazioni di controllo, diretto o indiretto, in società bancarie ovvero concorrerà al controllo, diretto o indiretto, di dette società attraverso la partecipazione a patti di sindacato o accordi di qualunque tipo»^{430, 431}.

bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999, pp. 77 sgg.; A. Guaccero, cit. a nota 401, p. 761.

⁴²⁹ P. Rescigno, cit. a nota 5, p. 807; F. Galgano, cit. a nota 4, p. 207.

⁴³⁰ La soluzione di attribuire il controllo al Ministero del tesoro era stata preferita ad altre proposte, quali quella di costituire un'apposita Authority indipendente e quella di deferire il controllo all'analogia che era in fase di costituzione per le ONLUS; la soluzione adottata si è rivelata preferibile in un momento in cui le fondazioni ancora detenevano partecipazioni bancarie. L'istituzione di autorità indipendente aveva la finalità di attribuire oltre a funzioni di controllo anche funzioni di stimolo e raccomandazione. In merito all'Autorità di vigilanza sulle ONLUS, peraltro non ancora istituita al tempo del decreto delegato, si può osservare che il legislatore ha voluto affermare la distinzione tra fondazioni bancarie e ONLUS, prevedendo che gli enti conferenti di cui alla legge n. 218/1990 sono in ogni caso esclusi dal novero delle ONLUS (art. 10, c. 10, d.lgs. n. 460/1997).

⁴³¹ Tale attribuzione transitoria dell'Autorità di vigilanza è, secondo G. Ponzanelli,

In tale ultimo caso le fondazioni non potrebbero dirsi completamente estranee al settore del credito e la vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze sarebbe giustificata. La Corte costituzionale, nella sentenza 8 ottobre 2001, n. 341, ha osservato che l'attribuzione di tale potere al Ministero del tesoro non può che essere giustificata dalla natura di ente creditizio, nel periodo transitorio, ossia dalla «sussistenza di un vincolo genetico e funzionale tra enti conferenti e società bancarie conferitarie in presenza di partecipazione e degli altri presupposti previsti per l'esercizio in via generale della transitoria vigilanza di dette fondazioni»⁴³². Diversamente, dismesse le partecipazioni di controllo la vigilanza da parte di un soggetto economico appare poco confacente a un ente del settore *non profit*⁴³³.

Invero, come si è accennato, si tratta di vigilanza transitoria, fino all'entrata in vigore di un'autorità di controllo prevista per le persone giuridiche del titolo II del libro primo del codice. Si è già detto come questa previsione sia sintomatica dell'attribuzione agli enti conferenti della natura di fondazione; si può aggiungere la rilevanza dell'espresso riferimento, in un testo legislativo di precipua importanza quale è il decreto delegato che disciplina le fondazioni bancarie, alla necessaria riforma della disciplina civilistica, o quanto meno a tale suo aspetto.

La transitorietà di questa disciplina può del resto indurre alla valutazione del percorso legislativo relativo alle fondazioni bancarie an-

cit. a nota¹⁷, p. 1213, altra «*moral suasion*» alla dismissione delle partecipazioni di controllo alla società bancaria, oltre a quella tributaria (nota 385).

⁴³² La sentenza della Corte, ripresa dalla successiva sentenza n. 342/2001, sosteneva la non completa separazione delle fondazioni dal settore bancario-creditizio fino al compimento del percorso delineato dalla legge n. 153/1999 (modifiche statutarie e loro approvazione, dismissioni della partecipazione rilevante nella società bancaria conferitaria e delle altre partecipazioni non più consentite). A tale proposito E. del Prato, cit. a nota 278, p. 742, rileva «un'ibrida natura delle fondazioni bancarie»: conservano la natura di enti creditizi ma non esercitano l'impresa bancaria.

⁴³³ R. Costi, cit. a nota 389, p. 513, osserva che l'attribuzione al Ministero del tesoro «non è, tuttavia, sorretta da un'adeguata giustificazione logico-sistematica», in quanto il controllo delle fondazioni «non è un momento della disciplina dell'impresa bancaria», né esiste previsione nell'ordinamento bancario che preveda la vigilanza di questo Ministero sui soggetti che detengono il controllo di una società bancaria.

cora non definitivamente compiuto, bensì suscettibile esso stesso di revisione, dopo una fase di «collaudo» della disciplina, nell'ambito della riforma dell'istituto della fondazione⁴³⁴.

Appare peraltro evidente che, laddove un tempo intercorra tra le dimissioni delle partecipazioni di controllo e la riforma dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche, la sottoposizione alla vigilanza del Ministero del tesoro e la transitorietà di cui alla norma in esame⁴³⁵ parrebbero ben poco giustificate.

Può infatti osservarsi come le altre fondazioni costituite dal legislatore siano genericamente sottoposte alla vigilanza del Ministero competente nella materia affidata alle cure della fondazione: per le fondazioni bancarie che, dismesse le partecipazioni di controllo nella società bancaria conferitaria, operano in più settori del *non profit*, un trattamento analogo avrebbe attribuito la vigilanza, in ipotesi, a uno (il prevalente) o a più Ministeri competenti nelle materie. Altra critica che è stata rivolta alla scelta dell'Autorità di vigilanza concerne l'esclusione di attribuzione del controllo all'autorità amministrativa regionale, per le fondazioni che svolgono la loro opera nella regione⁴³⁶. A questa tesi potrebbe obiettarsi che le fondazioni, come sostenuto dalla Corte costituzionale, sono soggette all'ordinamento civile con esclusione, come rileva la Corte, di competenza regionale⁴³⁷; può altresì rilevarsi che l'autorità di controllo, statale o regionale, coincide generalmente con l'ambito statale o regionale dell'autorità che ha effettuato il riconoscimento.

La vigilanza si differenzia, per il parametro e l'oggetto, dal controllo sull'amministrazione delle fondazioni previsto dall'articolo 25

⁴³⁴ In questo senso F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 332.

⁴³⁵ Dubbi sono stati avanzati circa la transitorietà della disciplina, condizionata dalla nuova autorità di controllo per le persone giuridiche del titolo II del libro primo del codice civile, «evento futuro (e forse anche incerto)» (F. Belli e F. Mazzini, cit. a nota 293, p. 332).

⁴³⁶ M. Basile, «Problemi e prospettive in tema di controlli sulle fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, pp. 271-73.

⁴³⁷ F. Vella, «Il modello di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria tra controlli pubblici e autodisciplina», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Cafaggi, Roma, 1999, pp. 491 sgg.; F. Belli e F. Mazzini, «Fondazioni e territorio. Qualche spunto di riflessione», in *Il ponte*, n. 5, 2003, pp. 39 sgg.; M. Basile, cit. a nota 436, p. 273.

del codice civile. Si può osservare che le peculiarità delle fondazioni bancarie rispetto alle fondazioni di diritto comune, segnatamente il loro carattere di enti *non profit* svolgenti un importante ruolo economico e sociale⁴³⁸, comportano non soltanto un controllo esercitato nell'interesse della fondazione, relativo alla destinazione di beni allo scopo, ma suggeriscono interventi più penetranti, seppure rispettosi della loro autonomia. Mentre il controllo codicistico è preordinato a normalizzare l'attività dell'ente, con poteri più ampi del controllo giudiziario, ma è comunque sempre controllo di legittimità, che esclude ogni valutazione di merito, e verifica la conformità alla legge, allo statuto o allo scopo della fondazione, la vigilanza sulle fondazioni bancarie attiene anche ad aspetti più propriamente gestionali che la dottrina ritiene attenere al merito⁴³⁹. L'articolo 10, comma 2, prevede infatti, quale scopo della vigilanza, oltre la verifica del rispetto della legge e degli statuti, la sana e prudente gestione, la redditività dei patrimoni e l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti⁴⁴⁰.

Si ritiene che l'attività di controllo debba consistere in un potere di verifica della corrispondenza dell'attività delle fondazioni a parametri preventivamente fissati, e debba quindi escludere qualsivoglia altra attività dell'Autorità di vigilanza, quale quella generale di indirizzo, come espressamente affermato dalla Corte costituzionale nella già ri-

⁴³⁸ G. Napolitano, «I controlli amministrativi sulle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2005, p. 289, ne osserva le peculiarità, quantitative e qualitative, che incidono sulla *governance* e sui meccanismi di controllo: patrimoni di vaste dimensioni; ereditati da altri soggetti pubblici e non derivanti da libere e consapevoli contribuzioni di privati; titolarità di pacchetti azionari in società bancarie.

⁴³⁹ F. Merusi, cit. a nota 361, pp. 713 sgg.; A. Pavone La Rosa, Intervento introduttivo, in *Le fondazioni bancarie*, Atti del convegno di studi, Salerno, 16 ottobre 1998, Milano, 1999, p. 12; G. P. Barbetta, «Sul regime delle Casse di risparmio a base associativa», in *Le fondazioni Casse di Risparmio*, a cura di F. A. Roversi Monaco, Rimini, 1998, pp. 139 sgg.; F. Vella, «Il modello di vigilanza sulle fondazioni di origine bancarie», in *Le fondazioni Casse di Risparmio*, a cura di F. A. Roversi Monaco, Rimini, 1998, pp. 166 sgg., osserva peraltro che l'applicazione del controllo sulla «sana e prudente gestione» può fare escludere le implicazioni dirigistiche.

⁴⁴⁰ M. Basile, cit. a nota 436, p. 265, rileva che questi aspetti costituiscono, ancor prima che scopi della vigilanza, doveri delle fondazioni.

chiamata, anche per questo punto, sentenza n. 301/2003, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di atti di indirizzo di carattere generale adottati dall'Autorità di vigilanza per eccesso di delega⁴⁴¹. In dottrina le perplessità relative al generale potere di indirizzo attengono, tra l'altro, al contrasto con la natura privatistica dell'ente, ricadendosi, in tal caso, in un indice dell'organismo di diritto pubblico⁴⁴².

L'articolo 10 al comma 3 elenca specificamente le funzioni dell'Autorità di vigilanza: autorizzazione delle operazioni di trasformazione e di fusione; determinazione di un limite minimo di reddito in relazione al patrimonio; approvazione delle modificazioni statutarie; richiesta di atti, notizie e documenti, poteri di indirizzo in ordine a specifici aspetti, sentite le organizzazioni rappresentative delle fondazioni⁴⁴³ (aspetti dichiarati illegittimi dalla Corte – si veda supra e la nota 441); ispezioni; compiti regolamentari e decisionali relativi alle modalità dei bilanci; adozione di provvedimenti inerenti l'incompatibilità, sospensione e decadenza di componenti di organi, ove non adottati dall'organo relativo; istituzione e tenuta di un albo delle fondazioni⁴⁴⁴.

In dottrina sono state espresse posizioni critiche sull'ampiezza dei poteri dell'Autorità di vigilanza, estesa a ogni specifico dovere attribuito dalla legge agli enti. È stato rilevato che nelle fondazioni bancarie, a differenza che nelle fondazioni di diritto comune, non manca un

⁴⁴¹ Più precisamente, l'illegittimità costituzionale dichiarata dalla Corte è limitata alle parole «atti di indirizzo di carattere generale» e non investe l'intera lettera e) determinando dubbi interpretativi; M. Basile, cit. a nota 436, p. 274, applicando la tecnica interpretativa delle sentenze della Corte sostenuta da A. Falzea, «In tema di sentenze di accoglimento parziale», in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, p. 499, ritiene che l'illegittimità colpisca l'intero testo della lettera e), che non avrebbe alcun senso privo delle parole dichiarate incostituzionali. Nello stesso senso della caducazione della norma, G. Napolitano, cit. a nota 438, p. 291.

⁴⁴² F. Merusi, cit. a nota 242, pp. 96-97.

⁴⁴³ Nel senso di illegittimità di atto di indirizzo non preceduto dall'acquisizione dell'avviso espresso dalle organizzazioni rappresentative delle fondazioni: T.A.R. Lazio, Sez. 3, 8.2.2003, n. 813. Secondo P. Anello e S. Rizzini Bisinelli, «Fondazioni: prime osservazioni sul decreto applicativo della l. n. 461/1998», in *Le società*, 1999, pp. 654 sgg., si tratta di parere obbligatorio e non vincolante.

⁴⁴⁴ G. Ponzanelli, cit. a nota 17, p. 1213, parla di controllo non «statico» bensì «dinamico-propulsivo».

organo interno di tipo assembleare o di controllo⁴⁴⁵. È stato ritenuto che tale ampiezza di poteri delinei un contrappeso alla genericità dei fini statutari e alla conseguente autonomia delle fondazioni⁴⁴⁶. Né tale incisività può essere giustificata dalle attribuzioni in ordine al patrimonio delle fondazioni e rispetto al provenire il medesimo, per una parte, dal settore pubblico: oltre all'obiezione che tale provenienza riguarda soltanto una parte del patrimonio, è stato osservato che l'impostazione legislativa è «stimolare il sociale fuori del pubblico», da cui i dubbi sui suddetti compiti dell'Autorità di vigilanza⁴⁴⁷. L'incisività del controllo, specie in relazione alle competenze in ordine al patrimonio, può condurre a dubitare che alle fondazioni sia effettivamente riconosciuta una «piena autonomia... gestionale» come invece recita l'articolo 2, comma 1, del decreto⁴⁴⁸.

Altrettanto, la giurisprudenza amministrativa, in sede consultiva, ha ritenuto che l'intervento pubblico di controllo deve rispondere a «criteri di ragionevolezza e proporzionalità», raffrontando i benefici dell'attività con i costi economico-sociali⁴⁴⁹.

In generale, tale controllo penetrante appare singolare in una legislazione che è, nel suo complesso e non soltanto con riferimento alle persone giuridiche private, sempre più informata a un alleggerimento dei controlli. Non si può non essere tentati di ritenere, nella fattispecie in esame, che il controllo sia giustificato da una verifica – e quindi un'ingerenza – che il settore pubblico intende mantenere su persone giuridiche private, in grado, per la consistenza dei loro patrimoni, di svolgere un ruolo considerevole nel mondo economico e sociale⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ M. Basile, cit. a nota 436, p. 266.

⁴⁴⁶ In questo senso P. Spada, «Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni», in *Rivista di diritto civile*, I, 1996, p. 703; R. Costi, cit. a nota 305, pp. 508 sgg. A. Gentili, cit. a nota 326, p. 405, avanza l'ipotesi che il settore delle fondazioni bancarie possa così essere non «un gruppo operativo ricco di iniziativa», bensì la «membra cinghia di trasmissione di un pubblico potere».

⁴⁴⁷ A. Gentili, cit. a nota 326, p. 408.

⁴⁴⁸ B. Cavallo, «La natura giuridica delle fondazioni bancarie», in *Contratto e impresa*, 2002, p. 610.

⁴⁴⁹ Cons. Stato, parere, 1° luglio 2002, n. 1354.

⁴⁵⁰ M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001, pp. 119 e 121, ritengono le fondazioni «sorvegliati speciali».

Pur riguardando il controllo l'attività della fondazione, secondo quanto si è detto, non è escluso che oggetto del controllo sia un singolo atto (come si desume dall'elencazione dell'articolo 10, comma 3: ad esempio, trasformazioni e fusioni, modifiche statutarie, atti e documenti trasmessi all'Autorità di vigilanza)⁴⁵¹. Al riguardo si può osservare che l'Autorità di vigilanza può non approvare la deliberazione e può intervenire sugli organi ma non è contemplato, a differenza di quanto previsto dall'articolo 25 del codice civile per il controllo sulle fondazioni di diritto comune, il potere di annullamento delle deliberazioni illegittime. Queste sono, dunque, soltanto annullabili dall'autorità giudiziaria⁴⁵².

Compete poi all'Autorità di vigilanza, conformemente a quanto previsto dall'articolo 25 c. c. in merito alle fondazioni di diritto comune, lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo non solo per gravi violazioni di leggi, statuto e amministrative ma anche per gravi e ripetute irregolarità nella gestione. Vengono in tal caso nominati uno o più commissari straordinari, che esercitano i poteri degli organi disciolti (mentre l'organismo di indirizzo è sospeso per tutta la durata della gestione commissariale) e un comitato di sorveglianza che ne controlla l'operato. I commissari rimuovono le irregolarità e promuovono le soluzioni utili al perseguimento dei fini istituzionali e al ripristino dell'ordinario funzionamento degli organi; esercitano l'azione di responsabilità nei confronti degli organi disciolti, sentito il comitato di sorveglianza e con l'autorizzazione dell'Autorità di vigilanza.

La sospensione degli organi di amministrazione e di controllo da parte dell'Autorità di vigilanza può anche essere temporanea, con-

⁴⁵¹ G. Napolitano, cit. a nota 438, p. 295, tende a qualificare questo controllo come di merito, anche se osserva che il venire meno del potere di indirizzo limita alle fonti legislative e regolamentari il rispetto delle condizioni, non residuando altro margine di apprezzamento.

⁴⁵² Sono ritenuti soggetti legittimati a impugnare: l'organo interno di controllo, con intervento sostitutivo dell'Autorità di vigilanza mediante nomina di commissario *ad acta*; l'organo amministrativo per le deliberazioni dell'organo di indirizzo; i componenti dell'organo deliberante; i terzi beneficiari (così M. Basile, cit. a nota 436, pp. 279-81). Il controllo attiene alla legittimità (Cass., 9.9.2004, n. 18186, inerte fattispecie societaria).

nessa al compimento di atti specifici, per il rispetto di norme legislative e statutarie per il quale essa nomina un commissario.

L'Autorità di vigilanza è, infine, competente, sentiti gli interessati, a disporre la liquidazione della fondazione in caso di impossibilità di raggiungimento dei fini statutari e negli altri casi previsti dallo statuto⁴⁵³. In analogia con quanto previsto per le fondazioni di diritto comune, vengono nominati uno o più liquidatori, oltre a un comitato di sorveglianza, e la liquidazione si attua secondo le disposizioni codicistiche. La devoluzione del patrimonio residuo avviene assicurando, ove possibile, la continuità degli interventi nel territorio e nei settori interessati dalla fondazione.

Per contro, trasformazioni e fusioni non sono di competenza dell'Autorità di vigilanza (come invece per la fondazione di diritto comune), bensì dell'organo di indirizzo e autorizzate dall'Autorità di vigilanza. Giova ricordare che la trasformazione eterogenea introdotta dal nuovo diritto societario non si applica alle fondazioni bancarie, come si è detto al paragrafo 18.

46. *La natura privata*

Descritta la disciplina fondamentale delle fondazioni bancarie si può molto sinteticamente evidenziare che il legislatore ha inteso delineare una fondazione dalla disciplina speciale, della quale ha affermato la personalità giuridica di diritto privato e alla quale non ha conferito la piena capacità di diritto pubblico già attribuita agli enti conferenti dal decreto legislativo n. 356/1990, ha sostenuto la rilevanza degli statuti, approvati dall'Autorità di vigilanza, al pari di quanto avviene per il riconoscimento delle fondazioni di diritto comune. In più punti si è avuto peraltro occasione di rilevare, con riferimento a diversi aspetti della disciplina, il tentativo, o il timore espresso dalla dottrina e dagli operatori del settore che rimanesse, o venisse introdotta, una pubblicizzazione della disciplina, ciò che porterebbe a dubitare del sostanziale trattarsi di ente di natura privata.

⁴⁵³ Anche per la fondazione di diritto comune l'estinzione e la liquidazione non sono di competenza degli organi dell'ente.

Il legislatore, in sede di interpretazione autentica operata con l'articolo 5 della legge 15 giugno 2002, n. 112, ha riconosciuto la natura privatistica del regime giuridico delle fondazioni bancarie, speciale rispetto a quello delle altre fondazioni.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 301/2003, ha esaminato le censure avanzate, ne ha dichiarate alcune fondate, correggendo alcuni aspetti della disciplina od offrendone una lettura in linea con il carattere privatistico dell'ente.

Invero, i timori di una pubblicizzazione appaiono fondati, specie in considerazione dei poteri attribuiti all'Autorità di vigilanza e avendo presente la nozione ampia di organismo di diritto pubblico offerta dal diritto comunitario, della quale si è detto al capitolo precedente.

Con riferimento alle fondazioni bancarie, tuttavia, una grande opera interpretativa è stata operata dalla Corte costituzionale, grazie alla quale le fondazioni possono sicuramente dirsi persone giuridiche private, ascritte al settore delle libertà sociali. Invero, la sentenza 24 settembre 2003, n. 300, ha ritenuto non conforme all'evoluzione compiuta dalle fondazioni⁴⁵⁴ l'appartenenza delle medesime al settore del credito, già sostenuta dalla stessa Corte con le sentenze n. 163/1995, nn. 341 e 342/2001. La sentenza ripercorre l'evoluzione legislativa e sintetizza il punto di arrivo (d.lgs. n. 153/1999): persone giuridiche private senza fine di lucro, con autonomia statutaria e gestionale (art. 2); esclusivamente scopi di utilità sociale e promozione dello sviluppo economico (art. 2); patrimonio vincolato agli scopi statutarî; divieto di esercizio di funzioni creditizie e di finanziamento di enti con scopo di lucro (art. 3); divieto di partecipazioni societarie di controllo con esclusione delle imprese strumentali (art. 6); dismissione delle partecipazioni nelle società bancarie conferitarie (art. 25). L'evoluzione porta la Corte ad affermare che «la trasformazione della natura giuridica degli enti conferenti può dirsi normativamente realizzata», né ciò può ritenersi cancellato dalle disposizioni successivamente in-

⁴⁵⁴ Ha espressamente riconosciuto che la Corte ha usato il criterio interpretativo dell'evoluzione legislativa G. Zagrebelsky, nell'intervento al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 135.

trodotte, a opera della legge n. 448/2001, rispetto alla quale erano stati sollevati rilievi di «ripubblicizzazione» delle fondazioni. Queste considerazioni giustificano il ritenere, diversamente dalle citate precedenti pronunce, non più sussistente il «vincolo genetico e funzionale» che legava gli enti conferenti alle società conferitarie e la conseguente appartenenza dei primi al settore del credito: gli enti sono stati trasformati *ex lege* in persone giuridiche private senza fine di lucro «della cui natura il controllo della società bancaria, o anche solo la partecipazione al suo capitale, non è più elemento caratterizzante». Dette considerazioni, dedotte dalla disciplina, risultano ancor più forti trascorso il periodo assegnato per le dismissioni delle partecipazioni di controllo. La Corte, quale giudice delle leggi, non poteva che limitarsi ad accertare la situazione risultante dal decorso del termine per la dismissione, indipendentemente dalla concreta attuazione del precepto; del resto, sostiene la Corte, non può rimettersi «ad adempimenti concreti dei singoli enti la piena e generale operatività della riforma realizzata dalla legge».

La Corte afferma dunque la natura di fondazioni, persone giuridiche private, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo n. 153/1999, «indipendentemente dall'eventuale perdurare di loro coinvolgimenti in partecipazioni bancarie che la legge ancora consenta per ragioni particolari», collocate «tra i soggetti dell'ordinamento civile» e più precisamente dell'organizzazione delle «libertà sociali»⁴⁵⁵, con conseguente potestà legislativa esclusiva dello Stato⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ La nozione di libertà sociale è fornita da E. Balboni, «Sussidiarietà, libertà sociali, carenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria», in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2004, p. 3167, e consiste nella «azione sociale volta a rendere effettivo il godimento dei classici diritti di prestazione: istruzione, sanità, e assistenza sociale»; essa «evoca un tipo di società (o porzione di essa) capace e decisa ad autodeterminarsi e organizzarsi allo scopo di volgere per usi diversificati una quota di risorse, la cui origine fu privata, ma la cui destinazione diviene altruistica ed elargitiva, per diffondere beni della vita a fruizione collettiva»; evoca, dunque, il principio di sussidiarietà. L'identificazione della categoria è stata approfondita anche da S. La Porta, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004.

⁴⁵⁶ In più punti le argomentazioni addotte portano la Corte costituzionale a escludere in materia di fondazioni bancarie una competenza legislativa delle regioni. È comunque fatta salva la competenza regionale in ordine ai settori di attività delle fon-

Le fondazioni bancarie costituiscono, dunque, espressione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, c. 4, Cost.). Invero, la Corte costituzionale cita la norma costituzionale in materia di sussidiarietà e fonda le pronunce del 2003 su tale principio, ancorché non lo menzioni espressamente⁴⁵⁷. Già il Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, nel parere 1° luglio 2002, n. 1354 (parere sul regolamento ex art. 11, c. 14, l. n. 448/2001, poi divenuto d.m. n. 217/2002), faceva espresso riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale e rilevava come esso produca implicazione in tema di formazioni sociali contemplate dall'articolo 118 della Costituzione, consentendo una lettura evolutiva della norma che sottolinei «quel “valore aggiunto” che, rispetto ai singoli, esse sono in grado di produrre». La considerazione corrisponde senza dubbio alla configurazione delle fondazioni bancarie.

Stabilita la natura di persona giuridica privata, il legislatore, nell'articolo 29 del decreto legislativo n. 153/1999, espressamente sancisce l'applicazione alle fondazioni bancarie, in via residuale e in quanto compatibili, delle norme del titolo II del libro primo del codice civile⁴⁵⁸.

La previsione risulta analoga a quella stabilita per le altre fondazioni costituite *ex lege*; può giustificarsi, come per le suddette, per il particolare settore di attività: nella fattispecie, nell'origine bancaria e nella gradualità del passaggio al sistema privatistico⁴⁵⁹.

Invero, la legislazione speciale si presenta sufficientemente dettagliata e tale da lasciare poco spazio all'applicabilità della disciplina di diritto comune⁴⁶⁰. Questo dato non pare rappresentare un problema,

dazioni. Nello stesso senso si era espresso in precedenza il Consiglio di Stato nel parere Sez. Atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354.

⁴⁵⁷ G. Zagrebelsky, cit. a nota 454, p. 133, osserva che le sentenze della Corte si fondano entrambe sul principio di sussidiarietà senza menzionarlo espressamente.

⁴⁵⁸ Si tratta di applicazione analogica del tutto particolare, in quanto non presuppone caratteri comuni con la fattispecie disciplinata, ma la disapplicazione delle norme codicistiche incompatibili con i caratteri delle fondazioni bancarie (E. del Prato, cit. a nota 278, pp. 750-51).

⁴⁵⁹ L. Torchia, cit. a nota 331, p. 65, che rileva peraltro che la specialità della disciplina aveva, nel disegno originario, carattere transitorio, limitato al tempo del legame con l'azienda bancaria, trascorso il quale le fondazioni sarebbero rientrate a pieno titolo nella categoria degli enti *non profit*.

⁴⁶⁰ La ragione di una disciplina dettagliata risiede nella nascita delle fondazioni

in relazione a fattispecie fondazionale con caratteristiche particolari costituita dal legislatore. Il carattere speciale del regime giuridico è espressamente sancito, come si è menzionato, dall'articolo 5 della legge n. 112/2002, in quanto ordinato per legge in funzione di determinati aspetti: la particolare operatività, inclusa la possibilità di partecipare al capitale della Banca d'Italia; la struttura organizzativa, basata su organi obbligatori e su uno specifico regime di requisiti di professionalità, onorabilità e incompatibilità; criteri obbligatori di gestione del patrimonio e di dismissione dei cespiti; facoltà di emettere titoli di debito convertibili o con opzioni di acquisto; vincoli di economicità della gestione e di separazione patrimoniale; vincoli di destinazione del reddito, delle riserve e degli accantonamenti; speciali norme di contabilità e vigilanza; criterio di applicazione residuale delle norme civili, in quanto compatibili. La disposizione era stata dettata in attuazione della decisione della Commissione delle Comunità europee 11 dicembre 2001 in tema di aiuti di Stato e rispetto a essa la stessa Corte costituzionale (sent. n. 300/2003) ha espresso dubbi di costituzionalità per tale interpretazione autentica non chiarificatrice ma finanche integratrice dei contenuti della norma. Giova peraltro menzionare che la disposizione trova la sua *ratio* nel fornire precisazioni a seguito della decisione comunitaria in materia di aiuti di Stato.

Occorre peraltro menzionare l'opinione presente in dottrina – ovvero espressa in epoca precedente alle importanti pronunce della Corte costituzionale – che riscontra nell'eccesso di regolamentazione una commistione tra disciplina imperniata sul privato sociale e permanere di caratteri pubblicistici, da cui l'irrilevanza del *nomen iuris* «fondazione» per enti sostanzialmente sottoposti a disciplina speciale con connotazioni pubblicistiche⁴⁶¹. La giurisprudenza amministrativa, con

bancarie non dall'iniziativa dei privati «ma da un atto normativo che riguarda una realtà precostituita e qualificata in chiave pubblicistica, già appartenente all'ordinamento "sezionale" del credito e dunque da questo caratterizzata» (E. del Prato, «Persone giuridiche e fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, p. 687).

⁴⁶¹ G. Pastori, «Le fondazioni bancarie, aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1997, p. 498; «Le fondazioni bancarie: e ora la riforma del codice», editoriale, in *Queste istituzioni*, n. 116, 1998, pp. III sgg.; F. Merusi, cit. a nota 361, p. 719; B. Cavallo, cit. a nota 448, pp. 610-11.

lo stesso parere del Consiglio di Stato n. 1354/2002 in cui ha affermato il carattere di organismo di diritto pubblico delle fondazioni, come si è detto al paragrafo 44, ha dedotto dalla legge n. 461/1998, dal decreto legislativo n. 153/1999 e dalla legge n. 112/2002 l'appartenenza delle fondazioni bancarie «al diritto privato, ancorché “speciale” e non al diritto pubblico». Il successivo parere n. 4751/2003, ancorché sempre affermando il carattere di organismo di diritto pubblico, chiarisce che questo non incide sulla natura privata delle fondazioni nell'ordinamento nazionale, ma soltanto ai fini dell'individuazione della normativa applicabile (nella specie, alla procedura di scelta della società di gestione del risparmio). Un orientamento successivo alle pronunce della Corte costituzionale, che pare sintetizzare le posizioni sopra espresse, ritiene trattarsi di enti privati regolati da disposizioni pubblicistiche, quindi di enti privati di interesse pubblico⁴⁶².

Diversamente, anche accogliendo la tesi della natura privata delle fondazioni sostenuta con forza dalla Corte, è stato ritenuto che la disciplina speciale abbia carattere privatistico ma con la presenza di criteri di ordine pubblicistico: lo svolgimento di attività inerenti pubblici interessi determina un'interrelazione tra soggetti privati e autorità pubblica sui quali è fondata la disciplina privatistica a carattere derogatorio⁴⁶³. Al contrario, si potrebbe ritenere che la legislazione speciale sulle fondazioni bancarie si inserisce nell'ordinamento e nella trama larga dell'impostazione codicistica tanto scarna da lasciare ampi spazi alla duttilità dell'istituto⁴⁶⁴, colmandola con disposizioni più dettagliate. Queste riguardano, come si è detto, l'attività, della quale l'elencazione ampia dei settori sostanzialmente corrisponde alle attività socialmente rilevanti; gli organi, con previsione di organi non contemplati dal codice ma da esso non esclusi; un diverso sistema di riconoscimento ammesso, come si è detto, dallo stesso decreto del Presidente della Repubblica n. 361/2000. Certamente, queste disposizioni costituiscono un vincolo per l'autonomia statutaria, giustificate dalla differenza, invero notevole, che contraddistingue le fonda-

⁴⁶² C. Rampulla, «La Corte si esercita in difficili equilibrismi sulle fondazioni bancarie», in *Le Regioni*, 2004, p. 296.

⁴⁶³ S. Fiorenzano, cit. a nota 297, pp. 923-24.

⁴⁶⁴ A. Zoppini, cit. a nota 101.

zioni bancarie dalle fondazioni di diritto comune: la dimensione del patrimonio e l'operare in più settori (con conseguente diversa organizzazione)⁴⁶⁵.

La disciplina più dettagliata di quella codicistica, seppure correlata a questo specifico tipo fondazionale, potrebbe sollevare dubbi in ordine alla sua reale giustificazione per il periodo successivo alla dismissione⁴⁶⁶, ma la giustificazione della specialità di disciplina risiede tutta nell'atipicità della figura⁴⁶⁷.

La disciplina delle fondazioni bancarie potrebbe costituire riflessione per una riforma del titolo II del libro primo del codice civile⁴⁶⁸: la legislazione speciale sulle fondazioni bancarie contempla aspetti che nella disciplina codicistica sono assenti o scarni e, dunque, quanto meno, indica gli aspetti che potrebbero essere presi in esame in un'opera di revisione⁴⁶⁹.

Al contempo, la riforma del codice potrebbe costituire occasione per valutare la necessità di rivedere aspetti della disciplina delle fondazioni bancarie: si pensi alla transitorietà della disposizione in

⁴⁶⁵ Secondo M. V. De Giorgi, cit. a nota 274, pp. 649-50, non si tratta di fondazioni atipiche, né sotto il profilo della funzione né sotto quello dell'organizzazione: «L'unico elemento di "atipicità" concreta è l'entità (e l'origine) del patrimonio».

⁴⁶⁶ Relativamente al periodo successivo alla dismissione G. Alpa, cit. a nota 278, p. 501, osserva il sorgere del «problema della rispondenza della disciplina attuale a una realtà diversa da quella prefigurata dal legislatore».

⁴⁶⁷ S. Fiorenzano, cit. a nota 297, p. 923, osserva che la specialità di questa legislazione è giustificata dallo svolgimento di attività oggettivamente qualificate e dall'inerenza a pubblici interessi, che determina un'interrelazione tra soggetti privati e autorità pubblica.

⁴⁶⁸ Ciò era stato ritenuto fin dall'emanazione della legge n. 461/1998: A. Zoppini, cit. a nota 305, p. 415; S. Cassese, «Le persone giuridiche e lo Stato», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, pp. 51 sgg.; G. Ponzanelli, «Gli enti senza scopo di lucro nell'attesa della riforma», in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1995, pp. 515 sgg.; P. Rescigno, «Fondazioni di origine bancaria e riforma degli enti senza scopo di lucro. L'esperienza della Commissione di studi», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Cafaggi, Roma, 1999, pp. 181 sgg.

⁴⁶⁹ Già si è ricordato che lo stesso decreto legislativo n. 153/1999 fa riferimento, in relazione all'Autorità di vigilanza, alla riforma del titolo II del libro primo del codice civile.

tema di Autorità di vigilanza, espressamente menzionata come transitoria⁴⁷⁰.

Al riguardo sorge il problema della possibilità di successivi interventi modificativi alla legislazione speciale riferita alle fondazioni bancarie. Questi ben possono intervenire, come rispetto a qualsiasi persona giuridica privata (quali ora le fondazioni bancarie sono), nei limiti della possibilità per il legislatore di incidere e regolare una fondazione^{471, 472}. Aspetti necessitanti di esame da parte del legislatore sono, si è detto, il controllo e la continuità delle procedure di dismissione, aspetto peraltro esterno alla natura fondazionale, come si è evidenziato.

47. La natura non lucrativa o imprenditoriale nella giurisprudenza italiana e comunitaria

La disamina della disciplina che si è prima compiuta – in particolare, il decreto legislativo n. 153/1999, la legge n. 112/2002, oltre alle sentenze della Corte costituzionale del 2003 e il conseguente regolamento n. 150/2004 – non pare porre dubbi sul carattere non lucrativo delle fondazioni bancarie.

La stessa posizione è sostenuta dalla Corte di Cassazione, con riferimento alla materia tributaria, affermando l'applicazione dell'age-

⁴⁷⁰ La transitorietà della norma sull'Autorità di vigilanza può infatti fare pensare al carattere *in fieri* della legislazione sulle fondazioni bancarie.

⁴⁷¹ Così F. Merusi, cit. a nota 242, p. 98, che osserva che questo caso è diverso dall'intervento legislativo per la trasformazione da ente pubblico a persona giuridica privata. L'Autore, nel rilevare la necessità del rispetto dell'autonomia delle fondazioni, pone problemi di costituzionalità riferiti a numerosi interventi legislativi operati sulle fondazioni e contenuti in corpi legislativi inerenti materie disparate (così ad esempio l'inserimento dei lavori pubblici tra i settori ammessi e disposizioni in materia di incompatibilità).

⁴⁷² Quallsivoglia intervento deve essere rispettoso dell'autonomia dell'ente: A. Zoppini, «L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2000, p. 401, parla, in proposito, di «principi inderogabili» per la conformazione degli enti che attengono «alla tutela degli associati, alla dimensione organizzativa rilevante per i terzi, alle regole poste a protezione dei creditori sociali e del traffico negoziale».

volazione IRPEG, stante «la personalità giuridica con finalità di interesse pubblico e di utilità sociale» e il limitarsi «ad amministrare le partecipazioni derivanti dal conferimento della propria azienda bancaria ad una società per azioni ed a destinare i propri dividendi agli scopi statutari senza fini lucrativi»⁴⁷³. Nello stesso senso, altra pronuncia afferma che l'amministrazione della partecipazione nella società conferitaria, a carattere transitorio, non costituisce attività commerciale; i benefici fiscali sono applicabili anche ai pregressi anni d'imposta «purché tali soggetti, anche in conformità della decisione della Commissione CE (del 22 agosto 2002, c-2002-3118), abbiano svolto la loro attività senza scopo di lucro, secondo un giudizio di meritevolezza oggetto di accertamento in fatto»⁴⁷⁴.

L'orientamento è sostenuto, come citato dalla Corte, dalla Commissione europea. Nell'appena citata decisione del 22 agosto 2002, inerente la compatibilità delle disposizioni tributarie sulle fondazioni bancarie con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato⁴⁷⁵, la Commissione ha osservato che «l'attività di gestione del proprio patrimonio e di utilizzazione del reddito che ne deriva per l'erogazione di contributi ad enti senza scopi di lucro operanti per scopi di utilità sociale non è un'attività economica e non qualifica dunque le fondazioni come imprese ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 del trattato». Inoltre le «autorità italiane hanno dichiarato che nessuna fondazione esercita direttamente un'attività di natura economica». La Commissione ha conseguentemente ritenuto che le agevolazioni fiscali a favore delle fondazioni non costituiscono aiuti di Stato. Relativamente all'attività di impresa nei settori rilevanti, l'intervento diretto della fondazione ha carattere imprenditoriale ed è soggetto alle regole della

⁴⁷³ Cass., Sez. 5, 9.5.2002, n. 6607, inerente ricorso proposto dal Ministro delle finanze avverso la Compagnia di San Paolo.

⁴⁷⁴ Cass., Sez. 5, 17.12.2003, n. 19365; conformemente Cass., Sez. 5, 18.12.2003, n. 19445; nel senso di ritenere lo svolgimento degli scopi di utilità sociale non esclusivo Cass., Sez. 5, 20.11.2001, n. 14574.

⁴⁷⁵ In materia di aiuti di Stato, l'articolo 87, n. 1, del trattato CE dichiara incompatibili con il mercato comune, laddove incidano sugli scambi degli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

concorrenza⁴⁷⁶ e una disciplina fiscale agevolativa, per la natura imprenditoriale della fondazione, costituirebbe aiuto di Stato; tuttavia, la fattispecie non era presente, al momento della decisione comunitaria, nel panorama delle fondazioni bancarie italiane. Costituisce altresì aiuto di Stato incompatibile ogni erogazione o sostegno alle imprese da parte delle fondazioni, stante la composizione a prevalenza pubblicistica dell'organo di indirizzo che era prevista dall'articolo 11 della legge n. 448/2001, ma che è stata dichiarata incostituzionale. La Commissione ha quindi ritenuto che la valutazione vada compiuta caso per caso, avuto riguardo alla fattispecie concreta⁴⁷⁷.

La posizione della Commissione non è condivisa da una recente ordinanza della Corte di Cassazione⁴⁷⁸ che ha rimesso alla Corte di giustizia europea la questione, relativa alla configurazione o meno di aiuti di Stato delle agevolazioni fiscali per le fondazioni bancarie⁴⁷⁹ e la valutazione alla luce dei principi comunitari di non discriminazione, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali. La Corte, infatti, tende a delineare le fondazioni come enti con caratteri imprenditoriali: analogamente alle prime pronunce della Corte costituzionale la Cassazione inquadra le fondazioni nel settore del credito, «in una simbiosi giuridica ed economica col sistema bancario pubblico, e non possono, quindi, considerarsi avulse da tale sistema e dal mercato di riferimento, anche se alle stesse sono assegnate, contemporaneamente, compiti nel c. d. terzo settore». La Corte argomenta il fine di lucro che le fondazioni perseguirebbero dal ritardo nelle dimissioni, dal notevole incremento del patrimonio mediante la produ-

⁴⁷⁶ La decisione della Commissione si fonda su orientamento della Corte di giustizia, espresso in materia di IVA, secondo il quale la mera detenzione di partecipazione non comporta esercizio di impresa, quando il titolare non si ingerisce nella conduzione della stessa.

⁴⁷⁷ Il rinvio al diritto nazionale per lo *status*, in particolare lucrativo o non lucrativo dell'ente, è costante orientamento della Corte. Si cita Corte di giustizia, sentenza 26.5.2006, causa C-498/03.

⁴⁷⁸ Cass., Sez. 5, 30.4.2004, n. 8319.

⁴⁷⁹ Si tratta dell'esonero a titolo di imposta sugli utili derivanti dalle partecipazioni societarie possedute correlata con la riduzione alla metà dell'aliquota IRPEG anche con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 153/1999.

zione di reddito: l'attività lucrativa e d'impresa non avrebbe, dunque, carattere strumentale. Se inquadrata nel sistema del credito le fondazioni sarebbero sottoposte alle regole comunitarie in materia di concorrenza. Infatti, la giurisprudenza comunitaria, ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, si rifà a un'ampia nozione di impresa, che comprende qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento⁴⁸⁰. In effetti, la Corte ricorda che, come si è detto al paragrafo 42, l'Autorità garante della concorrenza aveva sollevato perplessità sulla possibile elusione della disciplina della concorrenza che il decreto legislativo n. 153/1999 avrebbe potuto comportare.

Si può peraltro ricordare che la stessa Sezione della Corte, nella sentenza n. 19365/2003, ha espressamente citato la decisione della Commissione, conformandosi a essa.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza in data 10 gennaio 2006, causa C-222/04, ha ritenuto, al fine della qualificazione come «impresa» della fondazione bancaria, che spetti al giudice nazionale valutare la situazione concreta, tenuto conto della distinzione e del conseguente diverso regime operati dalla Corte in connessione alla configurazione della partecipazione di controllo. La Corte ritiene infatti che «il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un'attività economica del soggetto che detiene tali partecipazioni, quando tale possesso dà luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché, eventualmente, alla percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà del bene. Viceversa, un soggetto che, titolare di partecipazioni di controllo in una società, eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata» e deve quindi essere considerato impresa ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato. Se così non fosse la suddivisione dell'impresa in due enti distinti consentirebbe all'ente controllatore di beneficiare di sovvenzioni o agevolazioni con violazio-

⁴⁸⁰ Corte di giustizia, sentenze 17.2.1993, C-155/91; 12.9.2000, cause riunite C-180-184/98; 25.10.2001, C-475/99; 16.3.2004, cause riunite C-264, 306, 354, 355/01.

ne delle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato. La Corte ritiene che le fondazioni bancarie, sotto il regime della normativa precedente, ossia del decreto legislativo n. 356/1990, secondo quanto la Corte desume dalla disciplina, esercitino effettivamente un controllo sulla società bancaria. Diversamente, la qualificazione delle fondazioni come imprese è esclusa rispetto all'attività con finalità sociale, erogativa a enti senza scopo di lucro. Nello svolgimento di attività economica da parte della fondazione, valutata dal giudice nazionale, l'attività economica, ancorché effettuata senza scopo di lucro, si pone in concorrenza con l'attività di altri operatori che agiscono con scopo di lucro sul mercato: la fondazione si qualifica come impresa e le agevolazioni a essa si configurano come aiuti di Stato. La Corte ha ritenuto che l'esenzione della ritenuta di dividendi, oggetto della causa principale, è qualificabile come aiuto di Stato.

The first part of the study is devoted to a general survey of the subject. It is divided into three main sections: the first deals with the history of the subject, the second with the present state of knowledge, and the third with the future prospects. The history of the subject is traced back to the earliest times, when it was first introduced into the world. The present state of knowledge is then surveyed, and the various branches of the subject are examined in detail. Finally, the future prospects of the subject are discussed, and it is shown that there is still much to be learned about it.

The second part of the study is devoted to a detailed examination of the various branches of the subject. It is divided into four main sections: the first deals with the history of the subject, the second with the present state of knowledge, and the third with the future prospects. The history of the subject is traced back to the earliest times, when it was first introduced into the world. The present state of knowledge is then surveyed, and the various branches of the subject are examined in detail. Finally, the future prospects of the subject are discussed, and it is shown that there is still much to be learned about it.

Capitolo quarto

La revisione della disciplina codicistica

48. *L'evoluzione dell'istituto e la necessità di riforma*

Nei capitoli precedenti è stata svolta una disamina dell'istituto della fondazione nella sua attuale configurazione, dalla quale si deduce un'evoluzione rispetto all'impostazione codicistica.

Si è detto dello sfavore verso i corpi intermedi che informava il legislatore del 1942, superato fin dall'elaborazione della Costituzione: primo momento, invero lontano nel tempo, in cui i criteri ispiratori della disciplina sono apparsi superati.

Sul titolo II del libro primo del codice civile sono intervenuti numerosi interventi abrogativi, che hanno snaturato la razionalità della disciplina; interpretazioni giurisprudenziali e dottrinarie hanno colmato il divario tra normativa scarna e necessità di chiarimenti su specifici aspetti, nonché recepito istanze che si presentavano nella pratica.

Fin dagli anni sessanta si manifesta, pertanto, la necessità di revisione della disciplina codicistica⁴⁸¹; a quegli anni risalgono gli studi su uno degli aspetti fondamentali, il rapporto tra fondazione e impresa⁴⁸²; particolare attenzione viene concentrata sul sistema concessorio del riconoscimento, ritenendosi di abbandonare la valutazione della pubblica utilità e sostenendosi da taluno la preferenza per un riconoscimento di tipo normativo. Il riconoscimento è stato, come si è

⁴⁸¹ Si può citare il convegno tenutosi a Roma il 12-14 maggio 1966, organizzato dalla Fondazione Olivetti, dalla Fondazione Cini e dall'Istituto Accademico di Roma.

⁴⁸² P. Rescigno, cit. a nota 129, pp. 812 sgg.; R. Costi, cit. a nota 74, pp. 1 sgg.

detto, ridisciplinato con il d.p.r. n. 361/2000, intervento che con numerose amputazioni ha inciso sull'impianto codicistico.

Da quel tempo è stato compiuto un cammino ulteriore: l'aumento considerevole del settore *non profit*, sia dal punto di vista pratico, con la costituzione di numerosi enti, sia dal punto di vista legislativo, con l'emanazione di legislazione di settore. Il fenomeno afferma che la cura di interessi collettivi non è affidata soltanto al settore pubblico, bensì anche al terzo settore, ciò che rappresenta un dato significativo per la rilevanza che il fenomeno viene ad assumere. Non appare, peraltro, di particolare ausilio per quanto specificamente concerne la figura della fondazione: pochi enti *non profit* rivestono tale figura, talvolta discostandosi dalla stretta connotazione codicistica (si veda in proposito la nota 16); sono introdotte norme diverse per i diversi settori con conseguente mancanza di uniformità.

Si afferma, in tutta evidenza e forza, il principio di sussidiarietà, sancito dalla Costituzione, al quale sono oggi ricondotte, oltre che agli articoli 2 e 18 come riteneva la dottrina precedente, le fondazioni; ciò anche a opera della Corte costituzionale nell'importante sentenza n. 300/2003 in tema di fondazioni bancarie.

L'ingresso in modo pieno e definitivo nel nostro ordinamento del principio di sussidiarietà è segno della rilevanza del ruolo che i soggetti diversi dall'ente pubblico, tra cui le fondazioni, possono svolgere. Ciò conferisce oggi una rilevanza nuova, e più forte, alla considerazione del ruolo delle fondazioni, così come delle associazioni e delle associazioni non riconosciute, sostenuta dalla dottrina già in tempi non recenti (Rescigno citava formazioni sociali quali partiti politici e sindacati) osservando poi «il divario tra l'ampiezza del fenomeno e la modestia della sua regolamentazione giuridica»⁴⁸³.

Se il settore *non profit* raramente ricorre alla figura della fondazione, a essa ha spesso, negli ultimi quindici anni all'incirca, fatto ricorso il legislatore, creando esso stesso nuove fondazioni e regolandole con disciplina speciale secondo un favore verso l'istituto contrastante con l'impronta codicistica. La considerazione che tra le fondazioni

⁴⁸³ G. Mariconda, «Superare il processo di neutralizzazione», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 65.

costituite dal legislatore rientrano le fondazioni bancarie, enti dalle dimensioni patrimoniali più che rilevanti, corregge la scarsa entità della figura fondazionale all'interno del settore *non profit*, che può essere sostenuta limitatamente ai casi in cui la figura di ente non è scelta dal legislatore.

La legislazione speciale sui tipi fondazionali creati *ex lege* ha previsto norme che divergono dall'impostazione codicistica: si è descritta la non certa riconduzione di specifiche fattispecie all'istituto che si esamina (si veda il capitolo secondo), ma si è anche evidenziato come la legislazione speciale contenga disposizioni che possono essere ricollegate all'evoluzione che l'istituto ha subito, nella prassi e nell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza. Del resto, il corposo ricorso alla legislazione speciale è segno della necessità di disciplina che non si rinviene dal codice civile e che è invece richiesta dalle esigenze attuali.

Questo quadro – di istanze nuove e di disciplina codicistica amputata e non più razionale –, insieme alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, rende il momento presente particolarmente adatto per una revisione della disciplina codicistica.

Pare potersi affermare che la revisione deve essere razionale e completa: non secondo «una disarticolazione frammentaria delle regole»⁴⁸⁴ che troppo caratterizza l'ordinamento recente, né con carattere di mera novella, che non sarebbe riconducibile a un disegno organico e uniforme confacente alla certezza del diritto. Un intervento di riforma ha oggi la funzione di sostituire l'impianto originario con un nuovo disegno normativo che tenga conto dell'evoluzione e del nuovo ruolo socio-economico che le fondazioni hanno assunto, ciò che non sarebbe possibile con interventi normativi frammentari. Come ha affermato Rescigno, la riforma dovrebbe essere «non solo “modernizzazione” ma una vera e propria “rielaborazione” del codice civile»⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ L'espressione è di N. Lipari, «Enunciare i principi guida», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 185.

⁴⁸⁵ P. Rescigno, «La nozione originaria dell'istituto e la realtà giuridica attuale», relazione al convegno indetto dall'Accademia nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 36.

Si ritiene, infatti, che la revisione debba consistere nella riscrittura del titolo II del libro primo cui ricondurre, per quanto possibile, enti disciplinati da disciplina speciale. Non apparirebbe sistematica la collocazione della disciplina delle persone giuridiche fuori dal codice civile con un riordino del settore *non profit* mediante l'emanazione di un «codice delle persone giuridiche», mantenendo le discipline speciali⁴⁸⁶; la preferenza per la modifica del codice civile era stata anche sostenuta dalla Commissione per la riforma societaria, la quale ha osservato che «La funzione del codice... è sempre stata... quella... di fornire una disciplina generale, neutra ed adattabile ad ogni organizzazione purché non profit, destinata anche agli enti regolati da leggi speciali». La scelta appare del resto conforme al rinvio alla riforma codicistica contenuta nella legislazione sulle fondazioni bancarie relativamente all'autorità di controllo.

Inoltre, la riforma del diritto societario, emanata nel 2003, ha introdotto una possibilità prima non contemplata, la trasformazione eterogenea, oltre ad avere effettuato una rivisitazione organica della disciplina societaria, a cui, tra l'altro, la giurisprudenza ricorreva in via analogica per la disciplina di fattispecie non disciplinate per le fondazioni. La tradizionale dicotomia tra enti lucrativi ed enti non lucrativi suggerisce che anche questi ultimi siano oggi rivisitati altrettanto organicamente, come la stessa Commissione incaricata della redazione della forma societaria ha rilevato.

Infine, un'osservazione in merito al rapporto con il diritto tributario. Proprio questo è stato per gli enti *non profit* spesso utilizzato per disegnare enti cui attribuire trattamenti agevolati (si pensi alla disciplina delle ONLUS) con talvolta difficoltà di coordinamento rispetto agli istituti tradizionali.

Come già è avvenuto per la riforma del diritto societario, pare dunque che la disciplina sostanziale definitoria della figura debba precedere un intervento sistematico del legislatore tributario, anch'esso ritenuto necessario per associazioni e fondazioni. Va tuttavia citata l'o-

⁴⁸⁶ Questa soluzione è stata citata da A. Nuzzo, «La riforma del Titolo II del libro I del Codice Civile e un'unica Autorità di vigilanza per le Fondazioni», relazione al 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno 2006, dattiloscritto, p. 2.

pinione che, al contrario, sostiene l'incidenza del diritto tributario sul diritto comune e ritiene assai minore quella del diritto civile sul diritto tributario, giungendo a ritenere rilevanti per il diritto civile aspetti inerenti gli istituti civilistici introdotti dal diritto tributario⁴⁸⁷.

Inoltre si ritiene sempre auspicabile che vi siano benefici di carattere tributario sia come sostegno diretto che come sostegno indiretto. Fondamentale appare, infatti, pur senza entrare in tematiche tributarie che questo studio non tratta, il sostegno indiretto mediante la previsione di trattamenti tributari di favore alle erogazioni nei confronti degli enti, principale incentivazione normativa alle erogazioni stesse: per quanto possibile, è infatti opportuno che gli enti *non profit* non siano sostenuti dal solo settore pubblico, per le pericolose ingerenze, pratiche e di disciplina, che potrebbero derivarne. Giova menzionare che rispetto al settore *non profit* si registra la necessità di una disciplina organica, sia in merito alla definizione dello *status* della figura di organizzazione *non profit* che a un'uniformità di disciplina. Sulla materia è stata presentata proposta di legge di iniziativa popolare⁴⁸⁸.

49. I principi ispiratori della riforma

Dunque, la necessità, e in un certo senso l'urgenza, di revisione dell'istituto paiono non discusse. Altrettanto evidente è che il ripensamento dell'istituto deve essere guidato dai principi informatori dell'attuale ordinamento, in primo luogo il principio di sussidiarietà orizzontale, e informato, conseguentemente, al favore per l'istituto.

Ne consegue che, in via generale, l'approccio verso l'istituto non

⁴⁸⁷ G. Oppo, «Categorie commercialistiche e riforma tributaria», in *Riforma tributaria e diritto commerciale. Le fattispecie*, Milano, 1978, p. 25; M. C. Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998, pp. 117 sgg.; G. Baralis, cit. a nota 15, pp. 1096-98.

⁴⁸⁸ Proposta di legge n. 2 di iniziativa popolare «Delega al Governo per l'emanazione di una disciplina organica a sostegno delle organizzazioni *non profit* operanti per finalità di pubblico interesse o di pubblica utilità», presentata alla Camera dei Deputati nella XIV legislatura il 24 settembre 2001, mantenuta all'ordine del giorno e assegnata il 6 giugno 2006 alla Commissione permanente Affari sociali in sede referente.

sarà quello del «controllo» verso una forma giuridica privata, bensì, al contrario, sarà informato a disciplinare una forma giuridica pienamente confacente all'ordinamento quale espressione del principio di sussidiarietà. Questo principio può infatti costituire la base e la legittimazione nel moderno ordinamento dell'istituto della fondazione, affermando che la cura di settori di rilevanza sociale è attuata da figure giuridiche private e non soltanto dallo Stato o da enti pubblici. Si coglie, in questo modo, la ragione che ha condotto all'espansione del settore *non profit* (la crisi del *welfare state*) e si inserisce la fondazione nel principio costituzionale che ha ispirato la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di fondazioni bancarie.

Il compito di disciplinare l'istituto spetta senza dubbio allo Stato, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione, trattandosi di materia rientrante nell'«ordinamento civile».

La ridefinizione dell'istituto, si è detto, con un intervento di tipo organico, si risolverà nella riscrittura delle norme codicistiche, codificando pertanto l'evoluzione che l'istituto ha subito nell'opera di dottrina e giurisprudenza, per adeguarlo alle mutate esigenze emerse nella prassi, e tenendo anche conto della legislazione speciale che ha in un certo modo rappresentato un nuovo pensare l'istituto. Si è detto che la legislazione speciale ha, anche, talvolta, rappresentato uno sviamento dai caratteri dell'istituto: la sua lettura, preordinata alla riforma, dovrebbe sgombrare il campo da questi aspetti per mantenere, in un disegno organico, ciò che non è strettamente correlato alla specifica figura fondazionale, che potrebbe essere lasciato alla legislazione speciale. Ciò vale, in particolar modo, per la legislazione sulle fondazioni di origine bancaria, alla quale da più parti si guarda come possibile modello per la revisione dell'istituto⁴⁸⁹.

Invero, mentre il codice civile si presenta oggi con norme scarse, spazi da esso non disciplinati sono stati spesso riempiti dal legislatore speciale con normativa dettagliata. La povertà della disciplina codicistica non significa, peraltro, che essa non sia informata a principi

⁴⁸⁹ P. Rescigno, cit. a nota 485, p. 34, ha osservato che la legislazione sulle fondazioni bancarie «avrebbe potuto servire come modello generale, e quindi apprestare lo schema di una disciplina civilistica generale della fondazione, anche per quanto riguarda il rapporto tra fondazione e impresa».

e che non indichi i caratteri dell'istituto: al di là del principio di sfavore, che va, come si è già detto, stravolto, l'opera dovrà essere preceduta dalla valutazione di quali principi e caratteri dell'istituto vanno mantenuti e ribaditi, adeguandoli, ove necessario, alla mutata realtà.

Una riscrittura della disciplina nel mondo odierno non pare potere prescindere da un esame di esigenze e situazioni esterne all'ordinamento nazionale. Si pensa alla necessità di compatibilità con la disciplina comunitaria; si pensa all'attenzione alle elaborazioni in merito all'istituto della fondazione a livello europeo.

Le istituzioni comunitarie, e in particolare la Commissione europea nell'Action Plan for Company Law and Corporate Governance del 2003, hanno espresso l'interesse alla predisposizione di uno statuto della fondazione europea; sono conseguentemente stati elaborati progetti a cura, rispettivamente, dell'European Foundation Centre (EFC) e di un gruppo di studiosi promosso dalla Bertelsmann Stiftung con la Compagnia di San Paolo e la ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerius. Giova precisare che l'intento di tali progetti di riforma non è rivolto all'armonizzazione delle legislazioni nazionali sul tema delle fondazioni, che presentano interessanti differenze, come si evince dall'opera compiuta dal gruppo di studiosi sopra menzionato che ha svolto un'analisi comparativa delle legislazioni stesse.

La fondazione europea, che entrambi i progetti disciplinano con differenze tra di essi, è configurata come uno strumento addizionale e opzionale rispetto alla fondazione prevista dagli ordinamenti nazionali, che facilita la diffusione dell'istituto nell'attività transnazionale⁴⁹⁰. La globalizzazione dell'economia ha infatti come effetti possibili nel campo fondazionale la provenienza del patrimonio da diversi paesi, il collegamento con un'impresa transnazionale, il perseguimento di fini transnazionali, la provenienza o la ricerca di donazioni o contribuzioni in diversi paesi, l'esercizio di attività economica in diversi

⁴⁹⁰ Relativamente alla dimensione europea della fondazione il progetto elaborato dall'European Foundation Centre richiede, anche al fine di distinguere la fondazione europea dalla fondazione nazionale, che la fondazione svolga le attività in almeno due Stati membri e che il pubblico interesse sia perseguito a livello europeo o internazionale. Diversamente la bozza elaborata dal gruppo di studiosi prevede che gli scopi della fondazione possano essere perseguiti a livello nazionale o internazionale.

paesi. Questi caratteri possono incontrare difficoltà dalle diverse legislazioni civili e tributarie e sono dunque indicati quali ragioni a sostegno dell'adozione di una disciplina della fondazione europea, oltre alla generale finalità di promozione della filantropia in Europa.

L'importanza che le indicazioni comunitarie rivestono per il nostro ordinamento suggerisce dunque un riferimento ai progetti sopra menzionati, ancorché la prospettiva comparatistica non sia considerata dal presente studio e i progetti stessi siano, come si è detto, dedicati alla «fondazione europea», fattispecie distinta dalla fondazione propria dei singoli ordinamenti. Gli stessi progetti affermano, del resto, l'intento di stimolare la riflessione, nei singoli ordinamenti, sulla disciplina della fondazione. In effetti, il contributo dell'analisi compiuta a livello europeo può offrire spunti per la revisione dell'istituto nel nostro ordinamento.

50. *Gli aspetti della riforma. La personalità giuridica*

Non pare debba sorgere dubbio sulla qualificazione della fondazione quale persona giuridica, conformemente all'impianto codicistico vigente e alla dottrina consolidata che la ritiene, insieme all'associazione, come si è detto, persona giuridica per eccellenza. Di fronte a tale consolidato assunto una soggettività priva di personificazione potrebbe apparire come retrocedere a una figura di minore importanza. Ciò merita peraltro di essere specificato in quanto la legislazione più recente in tema di enti *non profit* ha rappresentato una svalutazione della personalità giuridica, rifacendosi a una soggettività che non richiede la personalità giuridica ma, spesso, la mera iscrizione in pubblici registri⁴⁹¹. Si è cioè affermato un criterio di soggettività indipendentemente da un formale riconoscimento (che è, come è noto, il presupposto per l'attribuzione della personalità giuridica). È peraltro vero che se ciò si registra relativamente a enti del terzo settore, già il pluralismo delle formazioni sociali sancito dalla Costituzione non

⁴⁹¹ Lo stesso ampliamento, con riferimento alla soggettività, si riscontra relativamente alla tutela di interessi: ci si riferisce alla legge 7 agosto 1990, n. 241, per quanto attiene alla tutela di interessi diffusi, sostenuta anche in giurisprudenza.

attiene necessariamente a persone giuridiche ma anche a enti privi di riconoscimento (si pensi ai partiti politici e ai sindacati). Merita osservare che l'espressione «enti non riconosciuti» è peraltro criticata dalla dottrina anche datata, per le associazioni non riconosciute e i comitati, preferendosi parlare di «soggetti non dotati di personalità giuridica»⁴⁹².

Posta la natura di persona giuridica, occorre ribadire il mutamento di prospettiva: ancorché essa tragga origine dal riconoscimento, «non ha la sua esclusiva o preminente ragione d'essere nella soggezione al controllo, ed ancor meno nell'assorbimento nella sfera pubblica»⁴⁹³. Al di là della concreta disciplina del riconoscimento, il principio di sussidiarietà, e quindi il rilievo costituzionale dell'intervento diverso da quello di soggetti pubblici per finalità di interesse collettivo, comportano il mutamento di prospettiva nei confronti delle persone giuridiche: la personalità giuridica va affermata come difesa dell'entità, come «mezzo di tutela di interessi impersonali»⁴⁹⁴.

La personalità giuridica dell'ente è affermata come presupposto del beneficio della responsabilità limitata e della capacità giuridica piena.

Il carattere di persona giuridica potrebbe essere sottinteso, dato l'inserimento della fondazione nel titolo dedicato alle persone giuridiche, ovvero espressamente menzionato, come avviene nella legislazione riferita alle fondazioni bancarie (art. 2, c. 1, d.lgs. n 153/1999). Giova peraltro precisare che la definizione della fondazione come persona giuridica privata potrebbe apparire una tautologia; essa potrebbe peraltro anche, come si è detto, costituire una base per una definizione dell'istituto.

Entrambi i progetti elaborati in sede comunitaria dedicano apposita norma alla specificazione della personalità giuridica (art. 8, c. 1, bozza EFC; art. 2 bozza gruppo di studiosi), ottenuta mediante il rico-

⁴⁹² D. Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, p. 1.

⁴⁹³ P. Rescigno, «Evitare soluzioni occasionali», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 41.

⁴⁹⁴ M. Basile, «Nuovi adattamenti di un antico istituto», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 163.

noscimento e presupposto della limitazione di responsabilità. Entrambi specificano poi la capacità giuridica piena (art. 4 bozza EFC; art. 2 bozza gruppo di studiosi).

51. Segue - *La definizione*

Invero, in sede di rivisitazione del codice dovrebbe essere compiuta la scelta se, come nel codice del 1942, non definire l'istituto, o se, al contrario, prevederne la definizione, seguendo la soluzione adottata dalla legislazione sulle fondazioni bancarie. Una soluzione che appare oggi praticata dal legislatore, anche comunitario, per le persone giuridiche è quella di indicare indici sintomatici per l'inquadramento in una figura, senza prevederne una definizione precisa.

Per la fondazione le due proposte elaborate in sede comunitaria sono informate, rispettivamente, a una delle due opzioni. La proposta elaborata dal gruppo di studiosi contiene una norma (art. 1.1) rubricata «General Definition», mentre la proposta dell'European Foundation Centre non formula una definizione ma ugualmente dedica il primo articolo alla definizione chiara e puntuale dei caratteri dell'istituto.

Nel caso si propenda per la soluzione di definire l'istituto verosimilmente si terrà conto dell'orientamento consolidato, di cui si è detto al paragrafo 11, che preferisce una definizione non incentrata sul solo elemento patrimoniale, quale era quella tradizionale, bensì contemplante anche l'elemento organizzativo che connota la moderna fondazione. In questo senso si esprime il progetto elaborato dal gruppo di studiosi in sede comunitaria (art. 1.1).

Qualora, al contrario, si preferisse non definire l'istituto occorrerà comunque definirne in modo puntuale i caratteri.

In un'epoca caratterizzata dalla neutralizzazione delle forme giuridiche è opportuna la certezza dei caratteri dei singoli istituti, per potere agevolmente applicare la disciplina alla fattispecie concreta e, prima ancora, evitare un uso distorto dell'istituto. L'opportunità di certezza del tipo di ente si riscontra, altresì, per un'applicazione dei benefici fiscali previsti per gli enti *non profit* conforme alle intenzioni del legislatore. Inoltre si sono già descritte la previsione, con la legislazione speciale, di fondazioni che si discostano dal modello civilistico, l'attenuata distinzione dall'associazione, la minore distanza

tra enti non lucrativi ed enti lucrativi: tutti questi aspetti impongono una disciplina chiara, ciò che non significa necessariamente disciplina dettagliata, bensì, doverosamente, disciplina certa, non aperta a dubbi interpretativi.

Una disciplina dettagliata potrebbe apparire contrastante con le esigenze di salvaguardare l'autonomia privata, di cui la stessa fondazione è espressione e, quindi, di lasciare spazio all'autonomia statutaria: invero altro è lo spazio lasciato all'autonomia statutaria, altro è la necessità di disciplina certa e non vaga, chiara nell'affermazione dei principi su cui l'autonomia privata può modellarsi. L'esperienza del codice vigente ha dimostrato che una disciplina scarna ha, nel tempo, consentito una notevole adattabilità dell'istituto, anche a fattispecie che si discostano notevolmente dall'impianto originario: ciò non si può peraltro imputare esclusivamente alla duttilità dell'istituto, quanto piuttosto a un utilizzare la duttilità stessa spingendosi talvolta oltre i confini consentiti. Va peraltro precisato che una disciplina incentrata su regole non eccessivamente dettagliate, seppure chiare e certe, consente la riconduzione al nuovo modello codicistico, che tenga conto delle mutate esigenze, di fattispecie fondazionali oggi disciplinate da legislazione speciale, quali in primo luogo le fondazioni bancarie.

I progetti elaborati in sede comunitaria appaiono informati a disciplina chiara nella determinazione dei principi e dei caratteri fondamentali ma non eccessivamente dettagliata⁴⁹⁵. Invero, stante l'operare a livello europeo della fondazione cui i progetti sono riferiti, la ragione per sconsigliare una disciplina troppo dettagliata potrebbe risiedere nell'opportunità di lasciare alcuni aspetti alla determinazione dei singoli Stati.

Per quanto concerne i presupposti della fondazione, l'atto costitutivo dovrà essere modellato secondo l'autonomia riconosciuta ai fondatori dalle norme inderogabili, in ipotesi diversa per i diversi tipi di fondazione, e il riconoscimento tenere conto dell'evoluzione intervenuta, specie nella dottrina, come si dirà tra breve.

⁴⁹⁵ Tra i due progetti elaborati sussistono, al riguardo, differenze, in quanto essi disciplinano con maggiore o minore dettaglio aspetti diversi (ad esempio il progetto elaborato dal gruppo di studiosi appare particolarmente puntuale nella disciplina della *governance*, mentre il progetto elaborato dall'European Foundation Centre contiene norme più dettagliate in tema di controllo).

Gli elementi della fondazione, segnatamente gli elementi costitutivi (scopo e patrimonio), potranno essere ridisciplinati comprendendo, come si è detto con riferimento alla definizione, l'elemento organizzativo, come avviene nelle proposte elaborate in sede comunitaria che, pur con le differenze di cui si è detto, nella prima norma fanno espresso riferimento a scopo, patrimonio e organizzazione. Anche, e soprattutto, nel caso si scelga di non pervenire a una definizione dell'istituto, andrà così chiarito se si intende sempre configurare la fondazione privilegiando, esclusivamente o meno, la base patrimoniale, o se, eventualmente, tra gli elementi costitutivi debba trovare spazio l'organizzazione e in quale misura, specie al fine di non confondere la fondazione con l'associazione qualora la distinzione tra i due istituti venga mantenuta.

In realtà, un'opera che colga gli elementi che oggi caratterizzano la moderna fondazione e unificano le figure del *non profit* non può non tenere conto dell'importanza che l'organizzazione ha assunto; ciò non significa non prestare la consueta considerazione, com'è doveroso, all'elemento patrimoniale.

La definizione dei caratteri va opportunamente ispirata dall'odierna configurazione della fondazione nel mondo socio-economico, nella quale spiccano il carattere di non lucratività e lo svolgimento di attività d'impresa.

52. Segue - Lo scopo

Lo scopo non di lucro, espressamente contemplato dalla legislazione nella definizione di fondazione bancaria, è la vera essenza dell'ente *non profit* e ben potrebbe essere esplicitato. La disciplina non dovrebbe peraltro limitarsi a tale requisito, previsto in negativo, ma chiarire compiutamente che cosa per esso si intenda: estendersi cioè nel divieto di distribuzione degli utili.

Infatti, il codice non contiene, tra il libro primo e il libro quinto, una distinzione netta tra gli enti non lucrativi e gli enti lucrativi; a ciò si aggiunga l'ammissibilità di esercizio di attività imprenditoriale da parte della fondazione, anche in considerazione del non essere lo scopo di lucro requisito necessario dell'impresa.

Proprio nell'assenza di scopo di lucro risiede il carattere fondamentale della figura, quale soggetto *non profit*, e la distinzione dagli

enti lucrativi di cui al libro quinto del codice: ancorché il divario tra enti non lucrativi ed enti lucrativi si stia assottigliando, la differenza risiede sempre nel divieto di distribuzione degli utili e non nell'attività.

Ancora una volta un suggerimento può pervenire dalla legislazione sulle fondazioni bancarie che espressamente tratta e definisce il *non distribution constraint* all'articolo 8, comma 3, del decreto legislativo n. 153/1999. Un recepimento di tale norma contemplerebbe tutte le categorie di soggetti per le quali escludere la distribuzione di utili: si noti in particolare la menzione degli amministratori, precisandone l'esclusione dei compensi come determinati dall'organo di indirizzo. Si esaurirebbe così il timore, sostenuto in dottrina (si veda la nota 110), legato alla discrezionalità di questo organo, che l'attribuzione di lauti compensi mascheri una distribuzione di utile.

Una definizione in ordine alla portata del divieto di distribuzione di utili è altresì contenuta nel decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155, relativo all'impresa sociale, che individua i soggetti ai quali è vietata la distribuzione, anche indiretta, di utili e avanzi di gestione (amministratori, soci, partecipanti, lavoratori e collaboratori) e, quanto ai compensi agli amministratori, considera distribuzione indiretta di utili la corresponsione «di compensi superiori a quelli previsti nelle imprese che operano nei medesimi o analoghi settori e condizioni, salvo comprovate esigenze attinenti alla necessità di acquisire specifiche competenze ed, in ogni caso, con un incremento massimo del venti per cento» (art. 3, c. 2, lett. b)).

In sede comunitaria, la proposta predisposta dall'European Foundation Centre espressamente richiede che i compensi agli amministratori siano «*reasonable*» (art. 1, c. 7); la proposta elaborata dal gruppo di studiosi dedica al divieto di distribuzione degli utili un'apposita norma (art. 1.3), prevedendo che i compensi agli amministratori e la retribuzione dei dipendenti siano «*reasonable and proper*» ed elencando i soggetti cui il divieto si applica.

La sopra menzionata disposizione dettata per le fondazioni bancarie potrebbe essere o meno recepita: ciò che si ritiene importante è la previsione espressa del divieto e di cosa con esso si intenda e, segnatamente, che ciò costituisce lo scopo peculiare della fondazione, salva ogni specificazione sull'utilità collettiva o sociale dello scopo, che è successiva e in certo senso assorbita da tale divieto (si veda in proposito il paragrafo 35).

Sulla rilevanza del divieto di distribuzione degli utili vi è accordo in dottrina e giurisprudenza. Va aggiunto, per la revisione codicistica, che, affermato questo divieto, la fondazione potrebbe perseguire scopo ideale o anche scopo economico, purché non lucrativo⁴⁹⁶. Altrettanto il divieto di distribuzione degli utili non comporterebbe necessariamente lo scopo altruistico della fondazione se si osserva che negli Stati Uniti, dove vige il *non distribution constraint*, nell'ambito degli enti *non profit* si distinguono le «*public benefit non profit*» (che realizzano vantaggi per i terzi e la collettività) e le «*mutual benefit non profit*» (che realizzano vantaggi per gli associati). Ciò che va affermato è che il vantaggio per i soci non è valutabile economicamente, per l'assenza di distribuzione di utile e di restituzione del patrimonio conferito.

La riforma potrà chiarire se richiedere meramente la possibilità e liceità dello scopo, come oggi prescritto dal d.p.r. n. 361/2000 e ritenuto da parte della dottrina, oppure ritenere necessaria la pubblica utilità dello scopo che, come si è detto (paragrafo 7), è sostenuta da parte della dottrina e giurisprudenza anche in presenza di legislazione che si limita a richiedere il carattere possibile e lecito dello scopo. Permane infatti l'assunto secondo il quale soltanto uno scopo di utilità pubblica giustifica un vincolo perpetuo che discende dall'immodificabilità dello scopo che attualmente caratterizza l'istituto. È comunque da escludere la determinazione legislativa degli scopi, che costituirebbe limitazione. Il concetto di utilità pubblica parrebbe inteso, conformemente all'evoluzione anche con riferimento alla legislazione speciale, come utilità collettiva, o utilità sociale.

I progetti predisposti in sede comunitaria indicano quale carattere della fondazione europea la pubblica utilità dello scopo, che può attuarsi mediante attività di erogazione od operativa (così il progetto del gruppo di studiosi – artt. 1.1 e 1.2), o essere rivolta a un numero inde-

⁴⁹⁶ Già il gruppo di lavoro costituito nel 1993 («Quasi un decalogo: i principi della riforma del primo libro del codice civile», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995, p. 243) aveva accolto tale principio, ritenendolo «il minimo comune denominatore delle più recenti soluzioni dottrinali e giurisprudenziali».

terminato di beneficiari (così il progetto dell'EFC – artt. 1, c. 7 e 2); lo scopo è ritenuto di pubblico interesse ove attinente a settori di attività indicati dagli stessi progetti⁴⁹⁷.

La sola possibilità e liceità dello scopo, come attualmente previsto dal d.p.r. n. 361/2000 e previsto nella bozza elaborata da un gruppo di lavoro nella scorsa legislatura per la «Delega al Governo per la riforma delle persone giuridiche e delle associazioni disciplinate dal primo libro del codice civile», che si riferisce a «uno scopo lecito» (art. 6, c. 1, lett. a)), consente, rispetto all'utilità collettiva, controlli più agevoli e meno discrezionali in sede di riconoscimento. Consente altresì di dedurre direttamente dalla legislazione l'ammissibilità di fondazioni con finalità meramente private, oltre a fondazioni con finalità di utilità collettiva. Verrebbero così a configurarsi fondazioni, ugualmente ammesse, in cui la collettività cui lo scopo è rivolto ha dimensione diversa, limitata a una cerchia di persone o riferita alla collettività in generale, con conseguente evidente diverso atteggiarsi dei vincoli posti alla fondazione. Né potrebbe ritenersi esclusa la compatibilità con uno scopo imprenditoriale, come è stato sostenuto dalla dottrina (si veda il paragrafo 7 e le note 101 e 103): invero lo scopo imprenditoriale non è necessariamente lucrativo (si veda il paragrafo 9); imprenditoriale è poi, per la fondazione, piuttosto un'attività che non lo scopo fondazionale, perseguito anche, o esclusivamente, mediante lo svolgimento di attività imprenditoriale.

Quanto è appena stato affermato si rinviene nella legislazione sulle fondazioni bancarie che, si ricorda (si veda il paragrafo 35), ha abbandonato il riferimento all'interesse pubblico per riferirsi alla «utilità sociale» e ha al contempo espressamente previsto l'ammissibilità di attività d'impresa. Inoltre, la legislazione in tema di fondazioni bancarie si distingue dal diritto comune per contemplare anche l'attività delle fondazioni, intesa non solo come ammissibilità di attività imprenditoriale ma anche come elencazione dei settori in cui l'attività si può svolgere. Ugualmente la legislazione sul *non profit* e la legisla-

⁴⁹⁷ L'elencazione dei settori di attività non è rigida. Infatti la proposta dell'European Foundation Centre prevede che possano essere determinati altri settori successivamente ritenuti di pubblico interesse (art. 2, c. 1, lett. b)), mentre la proposta del gruppo di studiosi prevede quale ultimo settore di attività «*other public-benefit purposes*» (art. 1.2).

zione sulle fondazioni costituite dal legislatore contemplano i campi di intervento degli enti.

La riforma dovrà valutare se contenere un riferimento alle attività delle fondazioni – e dunque una sorta di classificazione delle fondazioni – oppure non menzionare l'attività ma lasciarla alla libera determinazione degli enti. In proposito si può prevedere, o meno, se l'attività deve essere indicata nell'atto costitutivo, o nello statuto, ovvero lasciata alla determinazione degli organi.

Occorre ricordare che un riferimento e anche una classificazione dell'attività sarebbero conformi a quanto elaborato per la fondazione europea, come si è detto: è infatti noto che a livello europeo è ritenuta utile una classificazione delle fondazioni per settori di attività.

Una diversa opinione, che esclude l'indicazione dell'attività, sarebbe basata sulla tesi dottrinarica che la ritiene lesiva dell'autonomia dell'ente (si veda la nota 337); la stessa Corte costituzionale, invero anche al fine di salvare l'elencazione dei settori ammessi delle fondazioni bancarie da censure di illegittimità costituzionale, è parsa limitare l'importanza dell'elencazione stessa per l'essere l'elencazione ampia e comprendente tutti i settori esplicazione di finalità di utilità sociale e quindi, in qualche nodo, ricondurre l'attività all'interno dello scopo. È infatti evidente che l'attività, contemplata o meno dall'ordinamento, è una specificazione ulteriore, che fa comunque e sempre riferimento all'essenza dello scopo dell'ente inteso come divieto di distribuzione degli utili.

In merito all'immodificabilità dello scopo è stata avanzata la necessità di coordinamento con l'adattabilità alle esigenze connesse con l'evoluzione sociale e con la rilevanza assunta dagli organi. L'adattabilità al mutare delle esigenze sarebbe infatti compromessa dal carattere non generico che lo scopo deve rivestire secondo la giurisprudenza (si vedano il paragrafo 7 e la nota 96); la rilevanza assunta dagli organi, con proposte e controllo sulla destinazione delle risorse, potrebbe ritenersi esercitabile nei confronti dell'attività dell'ente, fermo restando lo scopo della fondazione. La rilevanza che oggi ha assunto la componente personale e organizzativa della fondazione non dovrebbe condurre, secondo la dottrina, alla modificabilità dello scopo, pena la scomparsa della distinzione tra fondazione e associazione⁴⁹⁸. L'im-

⁴⁹⁸ Così A. Zoppini, «Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e

modificabilità dello scopo è, del resto, si è detto, garanzia per gli stessi amministratori, nonché per i terzi, in particolare per i soggetti che effettuano erogazioni alla fondazione.

I progetti elaborati a livello comunitario prevedono la modificabilità dello scopo da parte degli organi della fondazione salva approvazione dell'autorità di controllo; la possibilità di modifica è comunque formulata nel senso di garantire il rispetto della volontà del fondatore.

53. Segue - *Il patrimonio*

Appare pacifica l'interrelazione tra scopo e patrimonio, insita nella stessa natura della fondazione. Questa interrelazione, ossia la configurazione della fondazione come patrimonio destinato a uno scopo, è contenuta nella bozza elaborata nella scorsa legislatura, che fissa «il carattere identificativo delle fondazioni nella destinazione di un patrimonio ad uno scopo lecito» (art. 6, c. 1, lett. a)).

Il problema che si pone per la disciplina del patrimonio concerne l'adeguatezza rispetto allo scopo, stante il descritto verificarsi della costituzione di fondazioni con patrimonio iniziale insufficiente, riconosciute dall'autorità amministrativa, di fondazioni con patrimonio a formazione progressiva, di apertura della fondazione ad apporti patrimoniali successivi di soggetti diversi dai fondatori. La ricorrenza di tali situazioni si riscontra in particolar modo nella fondazione di partecipazione e nelle fondazioni costituite da enti, tra cui le fondazioni costituite dallo stesso legislatore. Per contro, l'articolo 1 del d.p.r. n. 361/2000 richiede, al fine del riconoscimento, l'adeguatezza del patrimonio rispetto allo scopo e che la consistenza del patrimonio sia dimostrata. Anche in dottrina e giurisprudenza è tuttora presente un orientamento che richiede l'adeguatezza allo scopo e che distingue tra il patrimonio e le entrate destinate al funzionamento dell'ente (si veda il paragrafo 6).

fondazioni di diritto privato», in *Rivista di diritto civile*, II, 2005, p. 373. Propende, invece, per l'adattabilità o la modificabilità dello scopo della fondazione P. Rescigno (cit. a nota 129, p. 828); l'opinione è connessa allo svolgimento di attività d'impresa da parte della fondazione, che può richiedere adeguamento alla realtà economica, non consentito dalla rigidità dello scopo.

L'adeguatezza del patrimonio pare essere requisito imprescindibile: occorre peraltro chiarire se tale necessità sia elemento della fondazione oppure, come sostengono dottrina e giurisprudenza più recenti (si veda la nota 92), condizione per ottenere il riconoscimento. Il requisito è, in ogni caso, imprescindibile, sia per consentire il perseguimento del fine che per tutelare le ragioni dei creditori stante la limitazione di responsabilità che consegue all'attribuzione della personalità giuridica con il riconoscimento.

In realtà, l'assenza nella legislazione di qualsivoglia indicazione di ammontare minimo di patrimonio e l'indicazione della necessità della sua adeguatezza allo scopo ammettono l'esercizio di discrezionalità da parte dell'autorità competente al riconoscimento.

Un avvicinamento al modello societario, che contiene maggiori prescrizioni in ordine all'ammontare del patrimonio e ai conferimenti, consentendo il riconoscimento normativo e non discrezionale, potrebbe essere una soluzione da valutare, specie, come si è detto, nel ricorrente esercizio di attività imprenditoriale da parte della fondazione come della società.

L'inserimento di norme più puntuali potrebbe essere poi di diverso tenore: riferirsi, come si è detto, a un ammontare minimo nel momento iniziale della costituzione della fondazione ovvero essere richiesto anche successivamente, specie in considerazione dell'esercizio di attività operativa, quale è l'attività d'impresa; per il caso il patrimonio dovesse scendere al di sotto del minimo richiesto prevedere l'estinzione dell'ente (al pari dell'attuale previsione per il caso di patrimonio insufficiente) ovvero consentire la ricostituzione del patrimonio e il conseguente mantenimento in vita dell'ente. Invero, l'esercizio di attività non meramente erogativa da parte della moderna fondazione e, segnatamente, dell'attività di impresa, rende maggiormente possibile il verificarsi di perdite: rispetto a tale situazione sancire, quale unica soluzione, l'estinzione dell'ente potrebbe apparire inopportuno. La presenza di difficoltà patrimoniali può peraltro anche essere considerata sotto il profilo del perdurare della limitazione di responsabilità e della responsabilità degli amministratori, come proposto nella bozza elaborata nella scorsa legislatura (art. 3, c. 1, lett. d) ed e)).

Detta bozza richiede un ammontare minimo di patrimonio per le fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferi-

bile alla generalità (art. 6, c. 3, lett. b)). Per la fondazione europea la proposta elaborata dall'European Foundation Centre richiede un ammontare minimo di patrimonio al momento della costituzione (art. 1, c. 3); la proposta elaborata dal gruppo di studiosi contiene una disposizione dedicata alla gestione del patrimonio che prevede che gli statuti possano disporre che la fondazione debba mantenere il reale valore del capitale contro l'inflazione e distribuire soltanto il reddito disponibile (art. 6.1).

Altro aspetto concerne il momento di sussistenza dell'intero patrimonio richiesto: se questo debba sussistere per intero alla costituzione della fondazione o se possa esserne versata in un primo momento una parte, eventualmente determinata nella sua consistenza, e il residuo successivamente, ciò che appare particolarmente adatto alla fattispecie di fondazione d'impresa. In tale ultimo caso occorre valutare se debba sussistere dal primo momento l'impegno dei fondatori ai versamenti successivi o se siano ammessi apporti patrimoniali successivi di altri soggetti, come avviene nella fondazione di partecipazione.

La previsione degli aspetti che si sono indicati può fare pensare a una disciplina eccessivamente dettagliata, alla quale potrebbe apparire, come si è detto, preferibile una normativa di principio: si sono peraltro enunciati diversi aspetti poiché si ritengono emergere nell'attuale configurazione della fondazione. Essi vanno tenuti presenti nell'elaborazione di una riforma che sceglierà il diverso grado di dettaglio cui attenersi.

54. Segue - *Il riconoscimento*

Si può osservare che una chiara determinazione dei requisiti richiesti consente la presenza di fondazioni rispondenti al modello e consente una modalità anche non discrezionale di acquisto della personalità. La riforma dovrebbe tendere a una liberalizzazione delle fondazioni con un sostanziale alleggerimento dei controlli dei pubblici poteri, che hanno come primo effetto la costituzione della persona giuridica.

Invero, in tema di riconoscimento, già anteriormente all'emanazione della disciplina che lo ha riformato nell'anno 2000, la dottrina auspicava venisse esclusa ogni discrezionalità. Il gruppo di lavoro co-

stituito nel 1993 propendeva per «un sistema di riconoscimento di tipo *normativo* – come quello previsto per le società –, in cui l'acquisto della personalità, attraverso l'omologazione e l'iscrizione, è immediatamente legato esclusivamente all'adempimento delle formalità previste dalla legge»: riconoscimento privo di discrezionalità, «più rispettoso della libertà dei privati e idoneo a conciliare la verifica di liceità dello scopo con la tutela del traffico e dei terzi creditori in particolare»⁴⁹⁹.

Invero, come si è evidenziato al paragrafo 5, il riconoscimento dettato dal d.p.r. n. 361/2000 ha, secondo la dottrina prevalente, ancora carattere discrezionale, ancorché attenuato, consistendo la discrezionalità nella verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla legge. Non manca peraltro una tesi che attribuisce al riconoscimento vigente carattere normativo (si veda la nota 56).

Pare pacifico in dottrina il propendere per un riconoscimento che escluda ogni discrezionalità dell'autorità amministrativa e, al contempo, il ritenere necessaria la determinazione dei requisiti per divenire persona giuridica: ciò non solo per evitare abusi quanto soprattutto per esigenze di tutela dei terzi connesse alla limitazione della responsabilità. Stabiliti i requisiti, il riconoscimento potrebbe avere carattere normativo: si avrebbe una sorta di autorizzazione *ex lege* a divenire persona giuridica in presenza di requisiti determinati.

Una soluzione percorribile, che è stata prospettata nella proposta di riforma elaborata nella scorsa legislatura (art. 3, c. 1, lett. b)) e in dottrina⁵⁰⁰, può essere un sistema analogo a quello previsto per le società di capitali, di acquisto della personalità giuridica con l'iscrizione del registro delle imprese. Le modalità previste dai d.p.r. n. 581/1995 e n. 558/1999, e dalla legge n. 340/2000, specie con l'informatizzazione, consentono particolare rapidità; la verifica è affidata al solo notaio mentre l'ufficio del registro accerta la regolarità formale.

Quale riferimento elaborato in sede comunitaria può essere citato il progetto messo a punto dall'European Foundation Centre, che pre-

⁴⁹⁹ Cit. a nota 496, p. 245.

⁵⁰⁰ P. Piccoli, Intervento al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 52.

vede che il riconoscimento sia effettuato da apposita Autorità (art. 6) (a differenza dell'altro progetto elaborato in sede comunitaria che prevede l'iscrizione in un apposito registro nel singolo Stato membro (art. 3.5)) e che, in presenza dei requisiti richiesti, il riconoscimento possa essere rifiutato soltanto se l'Autorità ritiene lo scopo illegale o il rifiuto necessario per la protezione della sicurezza pubblica, per la prevenzione dei reati, per la tutela della salute o per la protezione dei diritti o libertà dei terzi e il mantenimento dell'ordine pubblico.

55. Segue - *La pubblicità*

Il sistema di riconoscimento sopra auspicato realizza appieno le esigenze di pubblicità.

In merito a quest'ultima, per quanto attiene alla costituzione della fondazione, potrebbe essere ribadita la costituzione per atto pubblico, rispetto alla quale non si riscontrano posizioni critiche in dottrina, che si aggiunge alla forma testamentaria. Potrebbe eventualmente valutarsi, data la diffusione del fenomeno, se citare la possibile costituzione a opera di una legge, qualora la costituzione promani dallo Stato o dalla regione. Peraltro, il codice civile, *corpus* relativo ai rapporti privatistici, ben potrebbe non considerare la questione, ammissibile in quanto inerente la potestà legislativa degli enti.

Per quanto concerne l'iscrizione in registri della fondazione che esercita attività d'impresa – la quale attualmente consiste nell'iscrizione nei registri delle persone giuridiche, che ora concreta la procedura di riconoscimento, a cui si aggiunge l'iscrizione nel registro delle imprese per il caso di esercizio di attività d'impresa – è stata prospettata la soluzione dell'immediata iscrizione nel registro delle imprese dell'atto costitutivo⁵⁰¹. La soluzione tende a realizzare una pubblicità delle persone giuridiche nell'ottica del superamento della pluralità di registri per rendere tempestivamente ed effettivamente conoscibile ai terzi l'attività della persona giuridica. In questo caso occorre peraltro individuare se l'autorità amministrativa che esercita il

⁵⁰¹ G. Marasà, cit. a nota 49, p. 244.

controllo dei requisiti sia unica, come preferibile per esigenze di semplificazione, e coincida con l'autorità preposta al riconoscimento⁵⁰².

56. Segue - *I beneficiari*

In merito ai beneficiari la riforma potrebbe chiarire alcuni aspetti.

Il problema di fondo inerisce la loro tutela, che al presente non appare corrispondente a un interesse qualificato da alcuna norma, ritenendo la dottrina e la giurisprudenza trattarsi di diritto soggettivo nel caso siano determinati o determinabili e di interesse legittimo in altro caso. La riforma potrebbe fare chiarezza sul punto, anche ai fini dell'individuazione alla giurisdizione competente. Potrebbe altresì valutare la previsione di tutela attraverso segnalazioni o denunce di diverse categorie di soggetti, anche portatori di interessi diffusi. Le segnalazioni o denunce possono essere rivolte all'organo di controllo interno, all'autorità di controllo ovvero all'autorità giudiziaria.

La bozza predisposta nella scorsa legislatura prevede che i potenziali beneficiari possano denunciare all'autorità di controllo o, finché questa non è istituita, al tribunale la sussistenza di gravi irregolarità nell'adempimento dei doveri degli amministratori (art. 6, c. 5. n. 3). Nello stesso senso è la bozza di statuto della fondazione europea predisposta dal gruppo di studiosi, la quale prevede che i beneficiari⁵⁰³ possano presentare una denuncia all'autorità di controllo per i casi in cui gli organi non adempiano ai propri obblighi e prevede che l'autorità di controllo debba emettere una decisione (art. 4.4).

Altra forma di tutela dei beneficiari potrebbe essere costituita dalla previsione di loro rappresentanti negli organi.

Può osservarsi che i beneficiari delle fondazioni non paiono oggi più riconducibili all'elemento dei «criteri di erogazione delle rendite» previsto dall'articolo 16 del codice; data l'attuale maggiore diffusione delle fondazioni operative e l'attuale configurazione degli enti

⁵⁰² G. Marasà, cit. a nota 49, p. 246.

⁵⁰³ Più precisamente il diritto è riconosciuto non solo ai beneficiari ma a chiunque sia titolare di un interesse legittimo verso la fondazione.

non profit, i beneficiari corrispondono prevalentemente ai destinatari di attività o servizi.

57. Segue - *L'organizzazione*

La disciplina in materia di organi merita attento riesame. La scarsa normativa civilistica, con riferimento generico agli amministratori, ha consentito, nella prassi, l'introduzione di altri organi in analogia con il modello associativo (l'assemblea) o societario (organo di controllo). La giurisprudenza ha colmato la mancanza di disciplina con il ricorso in via analogica alla disciplina societaria; ciò in un'epoca, peraltro, antecedente alla riforma del diritto societario, che prevede, relativamente alla *governance*, un'ampia autonomia statutaria di scelta tra il modello dualistico e quello monistico, con previsione codicistica della struttura già prevista quale disciplina di riserva. Altrettanto può dirsi dell'ampliamento dell'autonomia della *governance* della società a responsabilità limitata e l'ammissibilità della limitazione della responsabilità per le società unipersonali, quindi dell'abbandono della concezione basata sulla pluralità di organi quale condizione per la limitazione della responsabilità. Nel frattempo, la legislazione più recente – segnatamente quella riferita alle fondazioni bancarie, seguita da alcune altre fattispecie costituite dal legislatore – ha introdotto la tripartizione delle funzioni di indirizzo, amministrazione e controllo.

L'attuale ruolo della fondazione nella realtà socio-economica, specie con il diffuso esercizio di attività operative e di impresa, consiglia una disciplina più puntuale e, si pensa, maggiormente modellata sul modello societario che già ha ispirato la legislazione sulle fondazioni di origine bancaria.

Merita peraltro attenzione il valutare se prevedere un modello di *governance* per l'universo delle fondazioni ovvero se, come contenuto nel progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura, distinguere tra le fondazioni che realizzano finalità meramente private, per le quali la struttura organizzativa è demandata all'autonomia statutaria (art. 6, c. 2, lett. a)) e le fondazioni che mirano realizzare fini di interesse collettivo o riferibile alla generalità, per le quali la futura disciplina codicistica dovrebbe porre regole (art. 6, c. 3).

Per queste fondazioni potrebbero essere mutate regole attual-

mente previste per le fondazioni bancarie, che potrebbero essere coordinate con le opzioni lasciate all'autonomia statutaria dalla riforma societaria. Stabilito l'affidamento della gestione all'organo amministrativo, specifiche previsioni potrebbero essere introdotte per i componenti: requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza; rappresentanza degli interessi coinvolti nella finalità della fondazione (in analogia con la rappresentanza del territorio nelle fondazioni bancarie e ferma restando l'esclusione della funzionalizzazione agli interessi pubblici con la presenza negli organi di designati dagli enti territoriali, esponenziali delle comunità di riferimento, con i quali i beneficiari, che dovrebbero essere rappresentati negli organi, non sempre e non necessariamente si identificano); limite al numero dei mandati. Quale limite ai poteri degli amministratori potrebbe essere introdotta, secondo quanto si è già trattato in relazione allo scopo, l'immodificabilità del medesimo; la previsione potrebbe essere riferita all'universo delle fondazioni o, in particolare, a quelle che realizzano finalità collettive. Potrebbe eventualmente essere introdotta una norma, più in generale limitativa delle ingerenze del fondatore, in considerazione dell'evoluzione subita dall'istituto, della quale si è detto al paragrafo 11, che spesso non realizza un pieno distacco dell'ente dal fondatore. Opportuno appare un organo di controllo, previsto interno o esterno all'organo amministrativo conformemente all'opzione societaria dei sistemi dualistico o monistico. Per quanto concerne il controllo contabile delle fondazioni con ingenti patrimoni, potrebbe essere o meno previsto l'affidamento a soggetto autonomo, quale una società di revisione, con esclusione di tale funzione in capo al collegio sindacale. L'organo di indirizzo appare giustificato per le fondazioni dalla forte consistenza patrimoniale, quali appunto le fondazioni bancarie, e può apparire giustificato in enti che il legislatore potrebbe nuovamente designare privi di assemblea. Molti di questi aspetti risultano contemplati dalla bozza predisposta nella scorsa legislatura per le fondazioni che realizzano un interesse collettivo (art. 6, c. 3). Il descritto modello potrebbe essere indicato quale disciplina di principi nell'ambito della quale esercitare l'autonomia statutaria.

È stato osservato⁵⁰⁴ che, data la dimensione fiduciaria degli enti del

⁵⁰⁴ G. Ponzanelli, Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della

non profit e gli apporti che essi possono ricevere da finanziatori e donatori, l'articolazione organizzativa deve essere nota e intesa anche in termini di responsabilità. Le fondazioni non dovrebbero infatti godere di posizioni di privilegio, bensì essere assoggettate alle regole di responsabilità proprie del diritto comune.

In ordine alla responsabilità degli amministratori, si ricorda che la riforma societaria ha abbandonato il riferimento alla disciplina del mandato, previsto dall'articolo 18 c. c. per le fondazioni, sostituendolo con «la diligenza prevista dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze» (art. 2392 c. c.). Giova peraltro osservare che, come nel caso del mandato, la disciplina societaria ammette la revoca degli amministratori, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni (art. 2383 c. c.). La riforma potrebbe valutare se conformarsi alla disciplina societaria.

Le proposte comunitarie si soffermano sulla responsabilità degli amministratori⁵⁰⁵, che devono esercitare i propri doveri con fedeltà, diligenza e cura e devono agire in conformità alla legge e allo statuto della fondazione; sono responsabili per ogni atto compiuto con dolo o colpa o inosservanza dei loro doveri e possono essere revocati (art. 11 bozza EFC e art. 4 bozza gruppo di studiosi). La bozza dell'European Foundation Centre (art. 12) limita la responsabilità degli amministratori verso la fondazione e i terzi alle azioni compiute con dolo o colpa grave e le omissioni ai loro doveri. Particolarmente interessante è la previsione, nell'ambito della trasparenza dell'attività della fondazione, dell'obbligo della trasmissione all'autorità di controllo di rendiconto e relazione annuali (art. 13 bozza EFC; art. 5.1. bozza gruppo

Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 52.

⁵⁰⁵ Le proposte prevedono un organo, di tre membri, corrispondente al consiglio di amministrazione (*Governing Board* – art. 11 bozza EFC – o *Board of Directors* – art. 4 bozza gruppo di studiosi-). La proposta elaborata dal gruppo di studiosi prevede anche un organo di controllo (*Supervisory Board*) e un organo di revisione contabile (*Auditor*) obbligatori per le fondazioni con patrimoni consistenti. La bozza dell'European Foundation Centre (art. 1, c. 5) lascia allo statuto la possibilità di introdurre altri organi in aggiunta al consiglio di amministrazione, che esemplificativamente indica nel consiglio consultivo (*Advisory Council*) e nell'assemblea (*Founders/Donors Assembly*).

di studiosi). Nello stesso senso la bozza predisposta nella scorsa legislatura prevede, per le fondazioni che realizzano un fine collettivo, l'obbligo di redigere un rendiconto economico da depositarsi annualmente presso il registro delle persone giuridiche, che tra l'altro evidenzia l'ammontare delle retribuzioni predisposte agli amministratori (art. 6, c. 3, lett. d)).

Stabilita la responsabilità degli amministratori, occorre specificare i soggetti che possono esercitare l'azione di responsabilità e i poteri riconosciuti al giudice.

Occorre tenere conto che la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, applicabile alla fondazione, attribuisce rilevanza ai modelli di organizzazione e di gestione. Esclude la responsabilità dell'ente se si prova che i modelli sono idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, che è stata osservata la vigilanza sul funzionamento dei modelli da parte dell'organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, che le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione. Il modello idoneo a prevenire reati prevede, «in relazione alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio» (art. 7). Queste prescrizioni in materia di modelli di organizzazione devono quindi essere considerate nello stabilire l'organizzazione delle fondazioni. Sono infatti previsti codici di comportamento contenenti indicazioni di settore per l'adozione e l'attuazione di modelli di organizzazione e gestione, da sottoporre all'esame del Direttore generale della giustizia penale (d.m. 26.6.2003, n. 201).

58. Segue - *La distinzione tra associazioni e fondazioni*

Si è detto in più parti del presente studio dell'importanza assunta dall'elemento personale della fondazione e di come ciò suggerisca di ripensare, nella nuova disciplina, il rapporto tra scopo e patrimonio passando per l'organizzazione. Si è conseguentemente descritto, nel capitolo primo, l'avvicinamento con l'istituto dell'associazione.

Una rivisitazione degli enti del libro primo del codice costituisce

dunque occasione per valutare l'odierna opportunità di mantenere le due distinte figure. La dottrina quasi unanime propende per la soluzione positiva: anche nell'evoluzione dell'istituto fondazionale sussistono pur sempre fondazioni corrispondenti ai tratti tradizionali della figura; lo schema della destinazione di un patrimonio a uno scopo, cui si aggiunga l'auspicata rilevanza dell'elemento organizzativo, può ancor oggi soddisfare esigenze tipiche, tra le quali il perseguimento nel tempo di obiettivi di ordine collettivo e di utilità sociale. Scopi di questa natura, relativi a interessi pubblici o collettivi sono meglio riconducibili all'istituto della fondazione che a quello dell'associazione.

Infatti, i progetti elaborati in sede comunitaria, e riferiti alla sola fondazione, per la quale si richiede il perseguimento del pubblico interesse, specificano che la fondazione europea non può avere soci (art. 1 bozza EFC; art. 1.1 bozza gruppo di studiosi), quasi a volere distinguere la fondazione dall'associazione. Prendendo atto dell'evoluzione che l'istituto ha subito in ambiti nazionali, tra i quali l'Italia, la relazione alla proposta dell'EFC ammette una struttura partecipativa, quale può attuarsi mediante la previsione di un organo assembleare, rimanendo peraltro le attribuzioni fondamentali in capo agli amministratori e fissando il principio fondamentale del rispetto della volontà del fondatore.

Si pensa, pertanto, che la distinzione tra associazione e fondazione possa essere mantenuta, seppure ridefinita tenendo conto dell'evoluzione degli istituti.

La distinzione potrebbe poi essere rigida ovvero consentire all'autonomia della persona giuridica di contenere gli elementi di entrambe le figure⁵⁰⁶. Occorre, peraltro, non ricadere nell'incertezza dei tipi, con conseguente incertezza di normativa applicabile, specie successivamente a un riordino della disciplina che tenga conto dei mutamenti intervenuti nella prassi e offra l'occasione per definire norme di applicazione certa.

Un'esigenza di certezza consiglia, comunque, di prevedere, in analogia con quanto previsto per le società (art. 2326 c. c.) e per le ONLUS (art. 10, c. 1, lett. i) d. lgs. 4.12.1997, n. 460), che la denomina-

⁵⁰⁶ Quest'ultima soluzione è stata sostenuta da S. Cassese, cit. a nota 468, pp. 63-64.

zione dell'ente contenga il riferimento alla fondazione (in questo senso sono le proposte elaborate in sede comunitaria (art. 8 bozza EFC; art. 3.6 bozza gruppo di studiosi)) e che la corrispondenza al tipo, e quindi la denominazione, debba essere vagliata in sede di riconoscimento evitando un ricorso distorto all'istituto (in questo senso è la bozza elaborata nella scorsa legislatura (art. 6, c. 1, lett. c)). È comunque evidente che la ragione della distinzione tra le due figure risiede nella sussistenza di conseguenze applicative, segnatamente nella diversa disciplina, giustificata dai diversi caratteri⁵⁰⁷.

La riscrittura della disciplina delle persone giuridiche del libro primo del codice potrebbe consigliare, a differenza della normativa attuale, come è stato evidenziato⁵⁰⁸, poche norme comuni ai due istituti; potrebbe essere cioè informata al criterio della distinzione tra gli istituti e la loro disciplina.

59. Segue - *Le «altre istituzioni di carattere privato»*

Oltre ad associazioni e fondazioni dovrebbe essere valutata l'opportunità di mantenere il riferimento alle «altre istituzioni di diritto privato», già contemplate dall'articolo 12 del codice e riprodotte nell'articolo 1 del d.p.r. n. 361/2000, cui attualmente ci si riferisce per l'ammissibilità di figure ibride, quale la fondazione di partecipazione.

Una posizione espressa da Cassese anni or sono⁵⁰⁹ suggeriva, oltre le persone giuridiche diverse da fondazioni, anche «principali persone giuridiche pubbliche e semipubbliche». In realtà non pare opportuno incrementare la commistione di disciplina tra persone giuridiche

⁵⁰⁷ A. Zoppini, cit. a nota 498, pp. 373-74, sottolinea che, nel rapporto tra destinazione patrimoniale e substrato personale, rimane per la fondazione la non modificabilità dello scopo.

⁵⁰⁸ P. Rescigno, Relazione di sintesi al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 82.

⁵⁰⁹ S. Cassese, cit. a nota 468, p. 63. L'Autore faceva riferimento agli enti conferenti e alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, cui ben potrebbero essere aggiunte le fondazioni costituite dal legislatore successivamente allo scritto dell'Autore stesso.

pubbliche e persone giuridiche private, cui è dedicato il titolo II del libro primo, inserendo in un corpo legislativo privatistico per eccellenza una sorta di riserva per persone giuridiche per le quali la disciplina di un istituto civilistico è stata plasmata con una notevole commistione del diritto pubblico.

È stata affermata l'opportunità di «definire, sia pure con una certa elasticità, il confine tra gli enti da caratterizzare come "privati" ... e gli enti caratterizzati, invece, come "pubblici"»⁵¹⁰. Può essere peraltro, come si è detto, avanzato il dubbio che tale definizione possa essere contenuta nel titolo II del libro primo del codice civile; in questo, l'unico spazio possibile potrebbe apparire una riscrittura dell'articolo 11 rubricato «Persone giuridiche pubbliche». La sfera non attiene peraltro al diritto privato né tanto meno al diritto delle fondazioni.

Come si è visto ai capitoli secondo e terzo, il codice civile è disciplina residuale per figure di fondazione costituite dal legislatore e rette da normativa speciale; la revisione del codice, laddove tragga spunto dall'evoluzione dell'istituto che è risultata dall'introduzione di tale normativa speciale, può maggiormente adattarsi a quelle fondazioni, così come una revisione del diritto comune può fare riflettere in merito all'opportunità di restringere l'applicabilità della disciplina speciale.

È stata peraltro ritenuta l'opportunità di mantenere regole distinte per le fondazioni costituite dal legislatore che rappresentano casi in cui la fondazione è stata utilizzata come strumento e che non rientrano a pieno titolo nell'ordinamento civile⁵¹¹. Ciò non può dirsi delle fondazioni bancarie, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 300/2003; un analogo intervento della Corte che inserisse altre fondazioni create dal legislatore nell'ordinamento civile porterebbe l'effetto, verificatosi per le fondazioni bancarie, di caducare norme contrastanti con l'ordinamento civile per il loro spiccato carattere pubblicistico. La situazione sarebbe in questo caso ribaltata e le fondazioni potrebbero a pieno titolo vantare la natura privata, ciò che non può es-

⁵¹⁰ M. Basile, cit. a nota 494, p. 164.

⁵¹¹ L. Torchia, Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, pp. 28 sgg., parla di «fondazione come strumento» in contrapposizione alla «fondazione come modello».

sere affermato fin tanto che sussistono norme speciali che riconducono, al contrario, le fondazioni all'organismo di diritto pubblico.

Ai fini della presente trattazione importa il coordinamento, che si potrà prospettare, tra nuova disciplina di diritto comune e legislazione speciale. Qualora le fondazioni create dal legislatore, spogliate dalle norme pubblicistiche, assumano natura privata, la legislazione speciale potrebbe essere riordinata in un testo che armonizzi le discipline (salvi problemi di ordine sistematico e di necessità di risolvere criticità della disciplina), che potrebbe, in qualche modo, trattare del collegamento con la disciplina codicistica e stabilire meglio il carattere o meno residuale. Invero, una riconduzione a unità è immaginabile laddove, in particolare, si confrontino dette fondazioni con fondazioni di diritto comune perseguenti finalità rivolte alla collettività o di utilità sociale e si osservi il medesimo operare, per il perseguimento di finalità di interesse collettivo. Importa peraltro ancora una volta evidenziare che la natura di fondazione degli enti può essere affermata laddove se ne riscontrino i caratteri previsti dal legislatore.

60. Segue - *Il controllo*

La revisione del controllo sulle fondazioni è espressamente richiesta dalla legislazione sulle fondazioni bancarie, che esplicita la necessità di definizione «della nuova disciplina dell'autorità di controllo sulle persone giuridiche di cui al titolo II del libro primo del codice civile» (art. 10 d. lgs. n. 153/1999).

Tale disciplina consentirà, per le fondazioni bancarie, di porre termine alla vigilanza del Ministero dell'economia, non giustificata, come si è detto, dopo la dismissione delle partecipazioni di controllo nella società bancaria conferitaria e la configurazione delle fondazioni, a tutti gli effetti, come soggetti *non profit*. Avrà anche utilità per le fondazioni di diritto comune, rispetto alle quali il controllo dell'autorità amministrativa ha presentato applicazioni sporadiche, nelle quali l'organo amministrativo ha assunto una posizione sovrana e non è, nella maggior parte dei casi, previsto alcun controllo interno, né di tipo assembleare, né da parte di apposito organo; a ciò si aggiunga che le attività delle fondazioni sono spesso rivolte a beneficiari indeterminati forniti di debole tutela giurisdizionale in quanto non titolari di diritto

soggettivo. Da ciò discende che l'utilità di un controllo sulla fondazione si presenta, e si giustifica, in misura diversa a seconda dell'essere lo scopo fondazionale rivolto alla collettività ovvero a una cerchia più ristretta di persone.

Ciò che importa è l'abbandono dell'impostazione codicistica del controllo pubblico esercitato su enti verso i quali il legislatore esprimeva uno sfavore: al riguardo è stata finanche proposta la soppressione del controllo governativo, che spingerebbe al ricorso ad altre figure giuridiche in luogo della fondazione⁵¹². Parimenti, il controllo delineato dalla legislazione sulle fondazioni bancarie, e talora per le fondazioni *ex lege*, appare troppo penetrante, tanto che se ne è dubitata la compatibilità con l'autonomia delle fondazioni.

Un controllo non lesivo dell'autonomia può essere esercitato da un organo interno: l'introduzione di un organo di controllo attiene, ovviamente, all'organizzazione dell'ente, della quale si è detto al paragrafo 57 e corrisponde alla tripartizione delle funzioni (indirizzo, amministrazione e controllo) mutuata dal modello societario nella legislazione sulle fondazioni bancarie. Opportuna appare la presenza in quest'organo di rappresentanti degli interessi dei beneficiari: questa è una modalità di tutela di tali soggetti che costituisce una delle finalità dell'attività di controllo. Si potrebbe configurare un'analogia con la realtà societaria, nella quale l'organo di controllo interno tende a una tutela non limitata agli interessi degli azionisti, bensì più ampia: si potrebbe in tal modo configurare un'autogoverno delle fondazioni che, ove svolto correttamente, dovrebbe essere rispettato anche dall'autorità di controllo esterno.

Invero, la previsione di un'autorità di controllo prescinde dal controllo esercitato da un organo interno e appare comunque necessaria; tale necessità è peraltro più sentita in assenza di un controllo esercitato all'interno⁵¹³.

⁵¹² A. Predieri, cit. a nota 143, pp. 154 sgg., rileva che il controllo governativo «spesso fa fuggire inorridito il potenziale fondatore, atterrito dalla lentezza della procedura di riconoscimento, e ancor più dalla prospettiva dei controlli e delle ingerenze amministrative che si leggono o traspaiono dal codice... tanto da far nascere i fenomeni, in sostanza patologici, dell'uso di società per azioni o a responsabilità limitata a scopo di beneficenza».

⁵¹³ L'esigenza di un controllo pubblico sulle fondazioni, preordinato alla protezione

L'individuazione dell'autorità di controllo citata dal decreto legislativo n. 153/1999 pare riferita a un'autorità di controllo unitaria per tutte le persone giuridiche del titolo II del libro primo: quindi, un controllo non più esercitato dall'autorità di governo competente nel settore di attività, né dall'autorità regionale in corrispondenza al riconoscimento a opera della regione. Il riferimento potrebbe essere a un'autorità di controllo indipendente: sarebbe in questo modo garantita l'indipendenza dall'esecutivo. Vi potrebbero ostare ragioni, già espresse in passato, sul proliferare delle autorità di controllo indipendenti rispetto al quale erano state avanzate in passato obiezioni da parte della Presidenza della Repubblica, nonché relative all'efficacia del modello dell'autorità indipendente rispetto a un controllo generalizzato sugli enti *non profit*⁵¹⁴.

L'autorità di controllo indipendente è soluzione apprezzata in dottrina, che avanza la soluzione di un'autorità che non sia emanazione dello Stato, bensì espressione anche del terzo settore, sul modello della Charities Commission inglese.

I rapporti con altre autorità di controllo esistenti, quale l'Agenzia per le ONLUS, sarebbero resi agevoli da una definizione certa dell'istituto della fondazione, che consenta di non ingenerare dubbi sulla natura dei singoli enti.

A un'autorità indipendente (European Registration Authority) fa riferimento la proposta elaborata dall'EFC (art. 14), che attribuisce a questa autorità funzioni in materia di riconoscimento e di controllo della fondazione europea, con poteri di indagine della fondazione e poteri alquanto penetranti quali l'imposizione agli organi del rispetto delle previsioni statutarie e l'adozione di misure cautelari rispetto al patrimonio. Diversamente, la proposta elaborata dal gruppo di studiosi (art. 7) attribuisce il controllo all'autorità di controllo sulle fondazio-

dell'interesse dell'ente, assicurando che il patrimonio sia effettivamente destinato allo scopo, è stata correlata, già da parte della dottrina datata (F. Ferrara, cit. a nota 8, p. 353), alla mancanza di «un congegno interno alla struttura dell'ente che consenta una correzione o regolarizzazione della gestione», a differenza di quanto avviene nell'associazione; nello stesso senso R. Costi, cit. a nota 74, p. 14.

⁵¹⁴ A. Zoppini, cit. a nota 305, p. 414. Altrettanto critico A. Gentili, «Fondazioni bancarie e progettazione legislativa. Profili civilistici», in *Rivista di diritto civile*, II, 1998, pp. 11 sgg.

ni nei singoli Stati e si presenta meno dettagliata, attribuendo, invece, rilevanza al controllo interno esercitato dall'organo di controllo e dall'organo di revisione contabile.

I compiti affidati all'autorità di controllo potrebbero attenere all'attività di vigilanza o anche ad attività di indirizzo. Si ricorda peraltro che questa funzione, introdotta in capo all'Autorità di vigilanza sulle fondazioni bancarie è stata oggetto di critiche non solo da parte della dottrina, ma anche di censure della Corte costituzionale (si veda il paragrafo 45). Pare dunque da escludere un potere di indirizzo che imponga alle fondazioni una conformazione di comportamento. Si potrebbe dunque trattare, esclusivamente, di attività di controllo, esercitata nei limiti e secondo un parametro fissato in modo chiaro dalla legge.

Al riguardo, va menzionata la moderna tendenza a preferire il controllo sull'attività a quello sugli atti, conformemente a quanto introdotto per le fondazioni bancarie. Per queste, peraltro, è stato criticato un controllo che può sconfinare nel merito (si veda la nota 439), ritenendosi preferibile il solo controllo incentrato sulla legittimità, intesa come conformità alla legge e allo statuto. Il controllo sull'attività, limitato alla legittimità, dovrebbe avere a oggetto aspetti rilevanti della vita dell'ente, quali «il controllo della corrispondenza dell'attività in concreto svolta con gli scopi statutari, la stabilità dei patrimoni, l'effettiva tutela degli interessi contemplati negli statuti e... l'incidenza degli atti di disposizione rispetto al dovere di conservazione del patrimonio; poteri da esercitare secondo il principio di ragionevolezza e proporzionalità e all'esclusivo scopo della repressione degli atti illegittimi»⁵¹⁵.

Infatti non può non contemplarsi l'attività di controllo di legittimità incentrata sull'atto e disciplinata dall'articolo 25 c. c., comprendente il potere di annullamento delle deliberazioni.

Posizioni diverse sono state espresse in merito a una vigilanza preventiva, quale quella generalmente svolta nella forma dell'autorizzazione, seppure non estesa al merito, che potrebbe prevenire situazioni patologiche giustificanti un intervento sanzionatorio⁵¹⁶.

⁵¹⁵ A. Nuzzo, cit. a nota 486, p. 13.

⁵¹⁶ A favore G. Pecorella, Intervento al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 117.

Nel controllo sull'attività, un aspetto che l'autorità di controllo dovrà assicurare è il rispetto del divieto di distribuzione degli utili, oltre alla già detta tutela degli interessi dei beneficiari.

Un ulteriore compito che potrebbe essere affidato a un'istituenda autorità di controllo potrebbe attenere all'istituzione e tenuta di un albo nazionale delle fondazioni.

Già si è detto della possibile graduazione del controllo in relazione alla finalità pubblica o meramente privata della fondazione. Questa distinzione ha informato il progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura, anche in merito alla previsione di organi di controllo interno, previsto per le fondazioni che perseguono finalità collettive (art. 6, c. 3). Relativamente al controllo esterno potrebbe valutarsi l'opportunità di attribuire comunque il controllo ad autorità amministrativa, ovvero, per le fondazioni che attuano una finalità meramente privata, conferire il medesimo all'autorità giudiziaria su richiesta di parte, sulla validità degli atti e la responsabilità degli amministratori⁵¹⁷.

Particolare attenzione meritano enti che dispongono di patrimoni ingenti, che, oltre a finalità di utilità sociale, svolgono un ruolo nella vita economica. A queste linee è ispirato il progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura (art. 9) che prevede l'istituzione di un'autorità indipendente per gli enti che hanno un attivo dello stato patrimoniale superiore a dieci milioni di euro che, tra l'altro, vigila sull'osservanza della legge e degli statuti, sull'effettiva realizzazione degli interessi dei beneficiari, sul perseguimento dello scopo, sulla conservazione del patrimonio ed esercita l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori; riceve le denunce di irregolarità; ha poteri sanzionatori di scioglimento dell'amministrazione con nomina di un commissario. L'introduzione di una vigilanza specifica per le fondazioni fortemente patrimonializzate si aggiungerebbe, comunque, al controllo per l'universo delle fondazioni, ridefinito dalla riforma.

Altro è il controllo di natura contabile, in ipotesi previsto in capo a società di revisione con estensione di disciplina analoga a quella societaria, come già avviene nella legislazione speciale per gli aspetti contabili della vita delle fondazioni. Il controllo appare particolarmente auspicabile per le fondazioni con ingenti patrimoni⁵¹⁸.

⁵¹⁷ A. Nuzzo, cit. a nota 486, pp. 12-13.

⁵¹⁸ In questo senso R. Pinza, Intervento al seminario di studio indetto dalla Fonda-

61. Segue - *L'estinzione e la trasformazione*

Anche in materia di estinzione e trasformazione si ravvisa una più ampia necessità di preservare la destinazione del patrimonio allo scopo per le fondazioni che realizzano un interesse collettivo o riferibile alla generalità. Le disposizioni sull'estinzione dovrebbero quindi garantire tale destinazione e la trasformazione ammessa sarebbe soltanto quella omogenea: in questo senso si esprime, per le fondazioni sudette, la bozza di riforma predisposta nella scorsa legislatura (art. 6, c. 3). Diversamente, per le fondazioni che realizzano finalità meramente private la bozza riconosce anche al fondatore il potere di revocare la fondazione dopo che sia intervenuto il riconoscimento provocandone la liquidazione o la trasformazione e prevede l'applicabilità dell'articolo 2500-octies c. c. in tema di trasformazione eterogenea (art. 6, c. 2).

Per le fondazioni private verrebbe dunque recepita l'attuale aumentata ingerenza del fondatore nella vita della fondazione, che si potrebbe spingere a prevedere l'estinzione dell'ente: per tale ipotesi dovrebbero comunque essere stabiliti limiti. Questa ipotesi non è ovviamente possibile per le fondazioni con finalità non meramente private (si pensi in particolare alle fondazioni d'impresa e alle fondazioni che hanno per beneficiaria la collettività); non dovrebbe peraltro essere possibile nemmeno per le fondazioni che hanno ricevuto donazioni o contribuzioni da terzi. L'ipotesi dovrebbe essere quindi molto circoscritta, valendo come regola generale le cause oggi previste per l'estinzione: scopo raggiunto, divenuto impossibile o di scarsa utilità. La competenza a disporre l'estinzione potrebbe essere lasciata all'autorità governativa o esercitante il controllo.

In tema di devoluzione la riforma potrebbe costituire occasione per chiarire i limiti dell'autonomia statutaria: se limitata all'indicazione degli enti, aventi fini analoghi, cui devolvere i beni, ovvero estesa alla previsione che i beni possano tornare al fondatore, come sostiene una tesi dottrinale (si vedano il paragrafo 17 e la nota 208). Quest'ul-

zione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 130, che sottolinea la necessità di un controllo prossimo e non remoto.

tima soluzione può essere eventualmente introdotta per le fondazioni con finalità meramente private, più difficilmente per le altre; in particolare occorre ponderare la questione rispetto al divieto di distribuzione degli utili, che porta a escludere la soluzione stessa nel caso di fondazione d'impresa e di fondazione che ha ricevuto donazioni o contribuzioni da terzi. Stante l'attuale configurazione delle fondazioni che operano soddisfacendo interessi e bisogni il cui compimento si è consolidato in capo al *non profit*, occorre garantire che l'estinzione della fondazione consenta il perseguimento della realizzazione degli interventi precedentemente curati dalla fondazione che si estingue.

La fusione omogenea tra fondazioni non pare esclusa allo stato attuale, ben potendo rientrare nella trasformazione dell'ente; potrebbe peraltro rendersi opportuna una menzione codicistica della fusione: invero, la legislazione sulle fondazioni bancarie menziona espressamente trasformazioni e fusioni tra le competenze dell'organo di indirizzo e le autorizzazioni dell'Autorità di vigilanza, disposizioni che si possono ritenere riferite alla trasformazione e fusione omogenea, non essendo la trasformazione eterogenea prevista per le fondazioni bancarie. Peraltro, la rilevanza della fusione tra fondazioni, specie tra fondazioni che svolgono un rilevante ruolo economico, quali sono quelle bancarie, potrebbe meritare, ove accolta, una disciplina espressa, non limitata alla previsione degli organi competenti, bensì riguardante, in particolare, la definizione di scopo e patrimonio della fondazione sorta dalla fusione e aspetti inerenti la *governance*. Un argomento a favore della fusione tra fondazioni potrebbe essere una gestione più efficiente; occorre, peraltro, che la fusione garantisca il mantenimento della missione degli enti, specie in relazione agli interessi dei beneficiari, o, per quanto riguarda le fondazioni bancarie, il mantenimento del rapporto con il territorio di riferimento. Appare dunque consigliabile, ove si propenda per l'ammissibilità espressa della fusione e la sua disciplina, lasciare spazio all'autonomia statutaria e attribuire la decisione all'organo di indirizzo dell'ente, eventualmente mantenendo il vaglio dell'autorità di controllo.

La fusione tra fondazioni, con costituzione di una fondazione europea, è prevista dalla proposta elaborata dall'EFC (art. 5, c. 4). La fusione, che deve essere consentita dallo statuto di ciascuna fondazione, è deliberata dall'organo competente, autorizzata dall'autorità nazionale competente, certificata, dopo espletamento delle forme di

pubblicità richieste, dall'autorità nazionale; detta certificazione è sottoposta all'European Registration Authority per il riconoscimento. La fusione determina il trasferimento dei rapporti in capo alla nuova persona giuridica con la forma di fondazione europea. In caso di fusione per incorporazione ogni rapporto è trasferito alla fondazione incorporante, che acquista lo *status* di fondazione europea. La relazione alla proposta elaborata dall'EFC specifica che presupposto per la costituzione di fondazione europea mediante fusione di fondazione è l'ammissibilità della fusione nel diritto nazionale; peraltro, se il diritto comunitario dovesse recepire la proposta e prevedere la fusione gli ordinamenti nazionali dovrebbero adeguarsi alla previsione, almeno al fine di ammettere le fusioni ove sfocianti in una fondazione europea. Analogamente, la proposta dell'EFC (art. 5, c. 5) prevede la trasformazione di una fondazione nazionale in fondazione europea, che non dà luogo a estinzione della fondazione e creazione di una nuova persona giuridica e segue la procedura già descritta per la fusione.

62. Segue - *La trasformazione eterogenea in società di capitali*

La riforma del diritto societario ha, come si è detto al paragrafo 18, introdotto la trasformazione eterogenea, escludendola per le fondazioni bancarie.

È stato rilevato⁵¹⁹ il problema che si pone per il vincolo di distribuzione degli utili nel caso si proceda a trasformazione eterogenea in società di capitali. È da escludere la cosiddetta «devoluzione interessata», ossia la ripartizione del residuo tra gli associati stante la natura dell'ente⁵²⁰. Non è peraltro chiaro, nell'ipotesi di trasformazione della fondazione in società, come possa venire configurato il fine tipico della fondazione: se cioè la trasformazione sia limitata all'adozione di una diversa organizzazione o esattamente che cosa muti.

La possibilità di trasformazione dovrebbe essere contemplata dall'atto costitutivo che potrebbe anche indicare l'organo competente a proporla all'autorità governativa, che la dispone ai sensi dell'articolo

⁵¹⁹ A. Zoppini, cit. a nota 498, p. 369.

⁵²⁰ F. Galgano, cit. a nota 6, p. 216.

2500-octies, e le disposizioni in materia di assegnazione delle azioni o quote.

In sede di riforma si potrebbe chiarire se escludere la trasformazione eterogenea per le fondazioni che hanno ricevuto contributi pubblici o liberalità o oblazioni dal pubblico, che l'articolo 2500-octies vieta soltanto per le associazioni. Una limitazione in tale senso per le fondazioni è prevista soltanto in via transitoria, per evitare elusioni fiscali. Una norma siffatta, oltre a limitare la discrezionalità dell'autorità governativa nella decisione della trasformazione, consentirebbe una tutela dei donatori rispetto al vincolo di non distribuzione degli utili.

Potrebbe altresì valutarsi l'opportunità di specificare la trasformazione in altro ente *non profit*, sostenuta in dottrina, in relazione al favore della legislazione verso le determinazioni dell'autonomia privata in materia di trasformazioni (si veda la nota 213). La trasformazione omogenea, a differenza di quella eterogenea, lascerebbe immutata la causa non lucrativa dell'ente.

Potrebbe valutarsi se introdurre la fusione eterogenea, prevista dalla legge delega sulla riforma del diritto societario e non contemplata da decreto delegato. Si è detto (paragrafo 18) dei diversi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in merito a tale ammissibilità.

Qualora si accolga l'orientamento di prevedere detta fusione, con costituzione di nuova persona giuridica o per incorporazione, potrebbe comunque essere lasciata all'autonomia statutaria la scelta di ammettere tale modifica dell'atto costitutivo. Dovrà comunque prevedersi l'organo dotato del potere di modifica della causa dell'ente e delle altre modificazioni necessarie, gli adempimenti pubblicitari necessari e disposizioni relative alla tutela dei creditori. Per la disciplina potrebbe eventualmente trarsi spunto da quella in tema di fusioni delle società. I limiti previsti per le fondazioni in ordine alla fusione potrebbero essere i medesimi previsti per le trasformazioni eterogenee, come sostenuto in dottrina.

Giova osservare che, nel caso di fusione per incorporazione di un ente lucrativo in fondazione, quest'ultima incrementa il proprio patrimonio con l'attivo sociale della società incorporata e sul patrimonio così determinato grava il vincolo di destinazione allo scopo fondazionale⁵²¹.

⁵²¹ A. Zoppini, cit. a nota 216, p.1286.

63. Segue - *I tipi di fondazione*

Quale recente intervento legislativo incidente sulle persone giuridiche private la trasformazione eterogenea mostra l'accento a una tendenza a differenziare le medesime, laddove, come si è detto, si riferisce alle «associazioni che abbiano ricevuto contributi pubblici oppure liberalità ed oblazioni del pubblico» (art. 2500-octies) per escludere la possibilità di trasformazione.

Nel capitolo primo si è osservato che il codice non contiene alcun riferimento a tipi fondazionali, a eccezione delle fondazioni di famiglia; l'individuazione di tipi diversi di fondazione è opera della dottrina, così come l'ammissibilità di fondazioni che perseguono finalità ristretta a una cerchia ristretta di persone, o finanche di fondazioni non altruistiche, oltre a fondazioni che perseguono interessi che possono dirsi collettivi.

Già si è accennato, nel presente capitolo, al diverso atteggiamento che l'ordinamento potrebbe ragionevolmente adottare nei confronti delle fondazioni coinvolgenti interessi diversi, più o meno collettivi, ravvisandosi per le fondazioni che perseguono fini collettivi una necessità di garanzia e tutela giustificanti un intervento più stringente del legislatore, che potrebbe a ragione costituire vincolo per l'autonomia privata. Diversamente, le fondazioni che perseguono interessi che possono definirsi privati, riferiti a una cerchia limitata e individuabile di persone, potrebbero godere di un'ampia autonomia statutaria.

Adottando questa soluzione verrebbe abbandonata l'attuale uniformità di disciplina per le fondazioni di diritto comune, verrebbe garantita l'autonomia statutaria, compressa con norme inderogabili nei soli casi in cui ciò è giustificato dalla tutela degli interessi coinvolti. La scelta appare conforme a quanto ha già ispirato la riforma del diritto societario⁵²².

⁵²² Relativamente alla riforma del diritto societario, il Presidente della Commissione e Sottosegretario di Stato per la Giustizia M. Vietti aveva affermato che «la regola si giustifica e ha senso solo se assolve alla funzione di tutela di interessi fondamentali della comunità e se la tutela di tali interessi possa essere realizzata con mezzi tecnici che rendano non illusoria la loro protezione e non eludibile il precetto che ne diventa patrono» (M. Vietti, «Flessibilità & Trasparenza», in *Guida alle Nuove Società, La riforma di Spa, Srl e Cooperative*, Il Sole 24 Ore, febbraio 2003, p. 4).

Invero, la soluzione prospettata ha ispirato il progetto di riforma predisposto nella scorsa legislatura (art. 6)⁵²³ che prevede una disciplina inderogabile e controlli più penetranti per le sole fondazioni che realizzano fini collettivi o riferibili alla generalità. Come infatti si è detto, soltanto per queste è giustificato un intervento pubblico più penetrante in sede di controllo, che, come si è visto, è graduato nel progetto di riforma, anche in relazione alla dimensione patrimoniale dell'ente. Per l'individuazione delle fondazioni da sottoporre a norme inderogabili, diversamente da quanto si è accennato in relazione al controllo, il dato patrimoniale non appare rilevante, mentre lo sono il sistema di formazione del patrimonio o di acquisizione di mezzi finanziari e, come si è detto, gli interessi coinvolti dall'operato della fondazione.

Nella bozza di riforma «le fondazioni che mirano a realizzare fini di interesse collettivo o riferibili alla generalità» sono individuabili: nel ricevere oblazioni o contributi dal pubblico ovvero contributi pubblici per realizzare l'attività ordinaria; nell'avvalersi continuativamente e in misura significativa di lavoro volontario; nell'ottenere liberalità per realizzare scopi di utilità sociale o riferibile alla generalità o nell'amministrare patrimoni lasciati o donati aventi una finalità diversa dallo scopo dell'ente; nello svolgere attività d'impresa, specie per scopi di utilità collettiva o riferibile alla generalità (art. 2, c. 1, lett. c)). In dottrina sono stati rilevati quali indici anche il regime fiscale di favore, il ricorso al mercato di capitali, la realizzazione di forme di integrazione dell'azione privata con la tutela di interessi pubblici⁵²⁴.

Si tratta delle fondazioni che si caratterizzano per l'attività sociale ed economica oggi svolta dagli enti del terzo settore cui, tra l'altro, il legislatore si rivolge con agevolazioni di natura tributaria; la distin-

⁵²³ Già precedentemente, nell'ambito dei lavori del gruppo di lavoro costituito nel 1993, era stata rilevata la necessità che la riforma identificasse e regolasse quella che veniva definita «la fondazione d'interesse pubblico, caratterizzata dal perseguimento di uno scopo di pubblica utilità di particolare rilievo e da un rigido controllo amministrativo sulle modalità attuative dello scopo» (G. Mariconda, cit. a nota 483, p. 71). Merita ricordare che successivamente la legislazione, segnatamente relativa alle fondazioni bancarie, ha, come si è detto al paragrafo 35, abbandonato la qualificazione dell'«interesse pubblico».

⁵²⁴ A. Zoppini, cit. a nota 498, p. 375.

zione e l'individuazione di indici potrebbero anche ispirare il legislatore tributario in un'opera di revisione della disciplina. Per queste fondazioni la riforma potrebbe dunque contenere norme più rigide, che lascino all'autonomia statutaria uno spazio più ridotto con riferimento ai diversi aspetti che sono contemplati (ammontare minimo di patrimonio, modalità organizzative e segnatamente tripartizione delle funzioni degli organi, trasparenza nell'attività e, quindi, controlli).

Contrariamente, le «fondazioni che realizzano finalità meramente private», ossia «quelle che perseguono uno scopo riferibile ad una cerchia predefinita e chiusa di persone e che non sollecitano né ricevono oblazioni o donazioni dal pubblico» (art. 6, c. 2) godono, secondo la bozza di riforma, di un'ampia autonomia statutaria, oltre che, come si è già detto, dell'ammissibilità di una maggiore interferenza del fondatore e della possibilità di trasformazione eterogenea.

La distinzione tra tipi di fondazione in base agli interessi coinvolti consentirebbe di salvaguardare l'autonomia statutaria, carattere fondamentale della fondazione e, al contempo, tutelare gli interessi dei beneficiari, determinati o indeterminati, delle fondazioni che realizzano interessi collettivi, oltre a garantirne un'attività trasparente, auspicabile dato il ruolo assunto nella rilevante configurazione sociale ed economica del terzo settore. Un'impostazione quale quella delineata nella bozza elaborata nella scorsa legislatura non pare quindi tralasciare alcun tipo di fondazione oggi contemplato dal codice o ammesso da giurisprudenza e dottrina.

Si pensa che tra le fondazioni meramente private potrebbero rientrare le fondazioni di famiglia, previste dal codice e la cui ammissibilità nel nostro ordinamento è sostenuta da dottrina e giurisprudenza, come si è detto al paragrafo 8. Va citata un'opinione secondo la quale la revisione del codice potrebbe «lasciare ai margini o... ignorare» tipi quali la fondazione di famiglia e la fondazione fiduciaria in quanto perseguiti interessi particolari⁵²⁵. Giova peraltro osservare che figure quali il *trust* e l'*Anstalt*, che perseguono interessi particolari, sono riconosciute, rispettivamente dall'ordinamento e dalla giurisprudenza

⁵²⁵ P. Rescigno, cit. a nota 493, p. 45. La scelta del perseguimento di «finalità generali» da parte delle fondazioni era stata auspicata dal gruppo di lavoro costituito nel 1993 dal Gruppo di Studio Società e Istituzioni.

(si vedano le note 82 e 94). Infatti, la bozza di riforma pare andare nella direzione opposta all'opinione che si è appena riferita: pare cioè ammettere l'esistenza di fondazioni con finalità assolutamente private e persino individuali, ovvero costituite a favore di beneficiari indicati dal fondatore (quali i «soggetti deboli, incapaci di curare i propri interessi» – art. 6, c. 2, lett. b))⁵²⁶, offrendo così la possibilità di utilizzare l'istituto per finalità di destinazione di beni allo scopo analoghe a quanto potrebbe essere attuato con il *trust*⁵²⁷. Un'impostazione siffatta non pare potere determinare difficoltà applicative in relazione all'evoluzione della fondazione nel settore *non profit*, quale ente che rivolge le sue cure, anche offrendo servizi, a una vasta collettività poiché queste sarebbero ricondotte a un altro tipo fondazionale per la quale è dettata disciplina distinta.

L'impostazione di differenziare l'ordinamento della fondazione sulla base degli interessi coinvolti trova scarsi riferimenti nelle citate proposte comunitarie. Esse sono, come si è detto, informate al richiedere lo scopo di pubblica utilità; tuttavia, mentre la proposta elaborata dall'European Foundation Centre (art. 1, c. 7) specifica che patrimonio e reddito devono essere utilizzati per il perseguimento degli scopi di interesse pubblico, la proposta elaborata dal gruppo di studiosi (art. 1.3) consente al fondatore di riservare un vantaggio a persone determinate (il fondatore, coniuge e figli) nella misura del 30 per cento del reddito della fondazione disponibile per essere distribuito. La proposta dell'EFC esclude quindi la fondazione con finalità limitata a una cerchia ristretta di persone.

Altra è la disciplina codicistica dei tipi di fondazione. Questa impostazione è, come si è accennato, elaborata e adottata in sede europea;

⁵²⁶ Il progetto di riforma elaborato nella scorsa legislatura prevede per la fondazione avente lo scopo di amministrare un patrimonio a favore di soggetti deboli, incapaci di curare i propri interessi, una deroga all'esercizio dell'azione di riduzione nel caso in cui il beneficiario sia predeterminato in maniera definitiva e le rendite siano individuate e destinate al suo mantenimento (art. 6, c. 2, lett. b)).

⁵²⁷ A. Falzea, «Fondazioni, autonomia, soggettività», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005, p. 20, osserva infatti come in questo modo la fondazione si configuri come sostitutiva del *trust*.

pare peraltro scarsamente adattabile alla consuetudine del nostro ordinamento civilistico né, si ritiene, essa possa avere una valenza pratica se si esclude l'applicabilità di norme codicistiche in modo differenziato per categorie di fondazione, quale prima descritta in relazione agli interessi coinvolti. Una previsione, che potrebbe avere mero carattere esemplificativo, rischierebbe di rivelarsi nel tempo inadeguata ai rapidi mutamenti sociali.

64. Segue - *L'attività di impresa*

Uno dei punti fondamentali che la riforma dovrà trattare riguarda l'esercizio di attività d'impresa. Già si è detto (paragrafo 9) dell'ammissibilità di tale esercizio da parte della fondazione, sostenuto da dottrina e giurisprudenza, mentre ai capitoli secondo e terzo si è trattato della previsione delle attività imprenditoriali espressamente contemplate dalla legislazione in tema di fondazioni costituite *ex lege* e in particolare di fondazioni bancarie. Relativamente a numerosi aspetti in dottrina e giurisprudenza sono prospettati diversi orientamenti; la dimensione del fenomeno e l'utilità della sua applicazione fanno ritenere che la riforma debba offrire una disciplina al riguardo.

Appare ormai scontato che la fondazione possa svolgere attività d'impresa⁵²⁸: il primo problema da chiarire attiene ai limiti entro i quali ciò può avvenire e come può essere coordinato il carattere lucrativo dell'attività d'impresa con lo scopo non lucrativo della fondazione⁵²⁹.

Quale persona giuridica dotata di piena capacità giuridica e autonomia la fondazione può esercitare impresa, specie dopo essere stato chiarito che lo scopo di lucro non è elemento caratterizzante l'attività dell'imprenditore. L'esercizio d'impresa, da parte di persona giuridica,

⁵²⁸ La considerazione è anche avvalorata dalla «despecializzazione» delle forme giuridiche di esercizio dell'impresa (P. Spada, voce «Impresa», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, vol. VII, 1992, pp. 32 sgg.). L'attività di impresa del settore *non profit* è stata ammessa anche dalla Commissione incaricata della riforma del diritto societario.

⁵²⁹ È stato infatti autorevolmente precisato (A. Falzea, cit. a nota 527, p. 23) che la «non lucratività della fondazione non è intaccata dalla lucratività del mezzo impiegato per conseguire lo scopo non lucrativo».

potrebbe atteggiarsi in uno dei seguenti modi: essere lo scopo per il quale la persona giuridica si costituisce e opera; essere attuato per destinare un utile allo scopo della persona giuridica; essere lo strumento per la realizzazione dello scopo. Infatti, la persona giuridica si caratterizza per lo scopo che persegue; la fondazione, specificamente, è vincolata al perseguimento dello scopo dedotto nell'atto costitutivo⁵³⁰.

Particolare attenzione al perseguimento dello scopo fondazionale è prestata, nell'ammissibilità dell'attività d'impresa, dalle proposte elaborate in sede comunitaria, caratterizzate dal richiedere lo scopo di pubblica utilità. La bozza predisposta dall'European Foundation Centre (art. 4, c. 4) richiede che gli utili dell'attività imprenditoriale siano devoluti al perseguimento dei fini di pubblica utilità e che l'attività non costituisca lo scopo principale della fondazione. La bozza predisposta dal gruppo di studiosi (art. 6.2) esclude l'attività d'impresa svolta in forma diretta; ammette l'esercizio d'impresa mediante una società della quale la fondazione detiene il controllo se l'attività imprenditoriale rientra nei fini istituzionali o è accessoria al loro perseguimento (attività economica collegata), ovvero per destinare i profitti derivanti dall'attività esclusivamente al perseguimento dei fini di pubblica utilità e se l'interesse imprenditoriale della società controllata non confligge con detto perseguimento (attività economica non collegata).

L'esercizio di attività d'impresa potrebbe essere contemplato, o diversamente contemplato, per i diversi tipi di fondazione svolgenti finalità private o collettive. Il progetto predisposto nella scorsa legislatura dedica all'impresa esercitata da fondazioni e associazioni un'apposita norma (art. 8) che non circoscrive l'esercizio di impresa in relazione a tipi fondazionali e riferisce una previsione (il comma 2) alle fondazioni con finalità collettive, intendendo dunque il resto della norma riferito a tutte le fondazioni. L'esercizio di attività d'impresa cui oggi si pensa in relazione all'evoluzione della fondazione con lo svolgimento di attività economica può essere esigenza anche di fondazioni meramente private, quali la fondazione di famiglia, per ga-

⁵³⁰ P. Ferro-Luzzi, Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005, p. 61.

rantire all'interno della medesima la continuazione di un'attività imprenditoriale.

Il punto fondamentale in tema di esercizio di attività d'impresa da parte di una fondazione, sul quale insiste la giurisprudenza, riguarda la compatibilità con lo scopo fondazionale (si veda in proposito la nota 132). Basti pensare che non sono mancate pronunce giurisprudenziali che, in presenza di esercizio in via principale di attività d'impresa non corrispondente allo scopo della fondazione, hanno ritenuto aver-
si abuso della figura giuridica della fondazione⁵³¹.

La riforma potrebbe ammettere che l'impresa sia lo scopo per cui la fondazione si costituisce e opera (c. d. fondazione d'impresa) o essere, comunque, l'oggetto principale dell'attività; potrebbe, diversamente, limitarla ad attività secondarie, che potrebbero pertanto essere in rapporto di strumentalità rispetto allo scopo fondazionale.

Si può osservare, dall'esame della dottrina svolto al capitolo primo (paragrafo 9), che l'esercizio di attività d'impresa in via principale da parte della fondazione è ammesso dall'orientamento prevalente. Un'ammissibilità di tale esercizio potrebbe essere basata sulla sintesi delle posizioni sostenute dagli Autori che maggiormente hanno studiato il fenomeno: la fondazione titolare d'impresa come espressione del pluralismo, strumento che razionalizza l'attività imprenditoriale e lo affranca dall'egoismo proprietario (Rescigno) e la fondazione come possibile forma giuridica intorno alla quale costruire la responsabilità dell'imprenditore (Costi). La fondazione potrebbe essere in questi casi creata per l'esercizio dell'impresa e in essa esaurirsi o svolgersi l'attività principale.

Diversa ipotesi è quella, unica contemplata dalla legislazione in tema di fondazioni bancarie, di impresa strumentale della fondazione, la quale quindi potrebbe continuare a svolgere attività anche di natura non operativa, quale l'attività di erogazione.

La previsione del carattere strumentale dell'impresa potrebbe essere prevista laddove si seguisse l'orientamento restrittivo adottato per le fondazioni bancarie: tale limitazione può apparire giustificata per fondazioni che perseguono uno scopo di utilità sociale. Al riguardo la bozza elaborata nella scorsa legislatura (art. 8, c. 2) prevede che «per

⁵³¹ Trib. Milano, 17.6.1994 e 16.7.1998.

gli enti che suscitano un affidamento in ordine alla realizzazione di un fine collettivo o riferibile alla generalità» sia previsto «un limite all'esercizio di imprese non direttamente strumentali»: non esclude dunque, come la legislazione in tema di fondazioni bancarie, le imprese non direttamente strumentali, ma prevede che venga, in sede di decreto delegato, introdotto un limite (che in ipotesi potrebbe peraltro portare a escluderle *in toto*).

Dovrà inoltre essere chiarito che cosa si intenda per strumentalità al fine. La giurisprudenza richiede, al riguardo, una precisa strumentalità al fine di pubblica utilità (si vedano il paragrafo 9 e la nota 132). La legislazione sulle fondazioni bancarie contiene una definizione restrittiva: la strumentalità deve essere diretta ai fini statutari (quindi non accessoria o secondaria ai fini istituzionali dell'ente); l'impresa deve operare in via esclusiva (quindi nemmeno soltanto prevalente) per la realizzazione diretta (quindi non indiretta) dei fini statutari; infine può operare esclusivamente nei settori rilevanti (ossia nei settori di attività della fondazione) (si veda la nota 346). La riforma potrebbe mutuare tale concezione dalla strumentalità al fine, ovvero adottarne altra. Del resto, la stessa legislazione in tema di fondazioni bancarie, nel suo evolversi dal decreto legislativo n. 356/1990 al decreto legislativo n. 153/1999, ha in un primo momento pensato l'impresa strumentale come fornitrice di mezzi da destinare alle finalità statutarie e, nella disciplina attualmente vigente, come realizzante essa stessa il fine statutario. La riforma, chiarito come debba essere inteso il rapporto di strumentalità con la fondazione, potrebbe poi tenere aperte le due ipotesi sopradette ovvero limitare il campo.

L'esercizio di attività d'impresa connota la fondazione come imprenditore: la fondazione è persona giuridica senza scopo di lucro e dovrà essere tenuto nel debito conto il divieto di distribuzione degli utili dell'impresa, da destinare al fine istituzionale dell'ente. Si ritiene comunque che l'impresa esercitata dalla fondazione possa rientrare nell'«impresa» configurata dal codice e a essa possano essere applicate le regole relative a quest'ultima, più specificamente le regole dettate per l'imprenditore commerciale. Si è descritto in proposito (capitolo primo) l'orientamento non pacifico in dottrina che, in parte, insiste sul diverso regime per i casi di esercizio in via principale o in via accessoria o strumentale: la posizione maggioritaria e più recente è peraltro orientata ad affermare la piena applicazione dello statuto del-

l'imprenditore commerciale in ogni caso di esercizio di impresa commerciale, ove non diversamente stabilito, quindi anche nel caso di attività svolta da ente non societario in via principale o secondaria⁵³².

La riforma potrà chiarire in merito all'applicabilità dello statuto dell'imprenditore commerciale all'esercizio d'impresa da parte della fondazione in via principale o anche secondaria o strumentale (come d'altra parte ritenuto per le fondazioni bancarie): ciò comporta in primo luogo l'iscrizione nel registro delle imprese e la soggezione al fallimento. La dottrina più recente, si ribadisce, propende per l'iscrizione nel registro delle imprese e l'assoggettabilità a fallimento per gli enti non lucrativi che esercitano attività d'impresa in via principale e anche secondaria, in considerazione del ruolo svolto da questi enti che non può giustificare un ruolo privilegiato. In questa linea è la bozza di riforma predisposta nella scorsa legislatura, che prevede l'applicazione dello statuto dell'imprenditore commerciale anche nel caso di esercizio strumentale o secondario dell'impresa (art. 8, c. 1, lett. c))⁵³³. Non mancano, peraltro, posizioni limitative rispetto all'assoggettabilità a fallimento nel caso di attività commerciale accessoria o secondaria: per l'impresa esercitata dalla fondazione la tutela dei terzi che entrano in relazione con l'impresa va coordinata con la tutela degli interessi perseguiti dalla fondazione, che possono essere interessi propri della collettività, ovvero di beneficiari o, per la fondazione privata, di una cerchia più ristretta di persone.

Il rischio di stato di insolvenza potrebbe ispirare il legislatore a stabilire regole atte ad arginare il rischio stesso e, nel contempo, opportune per la fondazione, quali norme in materia di conservazione del patrimonio, regole inerenti la responsabilità degli organi e una organizzazione ispirata a efficienza, correttezza e trasparenza. La gestione dell'impresa potrebbe essere distinta dall'amministrazione della fondazione, eventualmente anche con incompatibilità delle cariche; potrebbe ritenersi, viceversa, questo aspetto lasciato all'autonomia de-

⁵³² Il tema è stato recentemente trattato da A. Cetra, *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003, p. 71; l'opinione si basa sulla lettera dell'articolo 2195, comma 2, c. c.

⁵³³ L'applicazione integrale dello statuto dell'imprenditore commerciale era stata sostenuta anche dal gruppo di lavoro costituito nel 1993 (cit. a nota 496, p. 248).

gli enti, salva comunque l'affermazione di organizzazione ispirata a efficienza, correttezza e trasparenza.

Un chiarimento sul punto appare comunque opportuno, in quanto le norme relative a organi e responsabilità sono oggi scarse e informate alla fondazione di erogazione. L'applicazione delle regole riferite all'imprenditore individuale non risolverebbe i problemi dell'attività gestoria e delle responsabilità. Diversamente l'esercizio dell'impresa in forma collettiva disciplinato per le società potrebbe costituire spunto relativamente alla limitazione e responsabilità patrimoniale, ai poteri riconosciuti ai soci e al giudice, oltre che ai problemi connessi alla pubblicità e alle scritture contabili⁵³⁴.

In tema di contabilità e bilancio si può seguire la strada già intrapresa dalla legislazione speciale di applicazione della disciplina societaria; in particolare la previsione di contabilità separata che distingue la gestione dell'impresa da quella della fondazione. La bozza di riforma (art. 8, c. 1, lett. e)) prevede anche la possibilità di controllo legale dei conti distinto da quello dell'amministrazione.

Dal punto di vista tributario occorre chiarire se la fondazione che esercita attività d'impresa possa essere considerata ente non commerciale.

Stabilito il carattere di imprenditore della fondazione, si può ricordare la particolarità inerente il divieto di distribuzione degli utili e la devoluzione dei medesimi alla finalità statutaria che conduce a individuare l'«imprenditore collettivo non societario» (come è stato definito in giurisprudenza, si vedano il paragrafo 9 e la nota 139) ovvero l'impresa sociale, che è stata oggetto di previsione legislativa a opera del decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 155⁵³⁵. Le previsioni

⁵³⁴ A. Zoppini, cit. a nota 498, p. 372.

⁵³⁵ La disciplina dell'impresa sociale è stata generata dall'esigenza, enunciata nel disegno di legge delega al Governo presentato il 19 luglio 2002 (Camera n. 3045), di regolare con normativa organica le organizzazioni *non profit* che hanno accresciuto il loro ruolo nel sistema del *welfare*, assumendo, «sotto diverse forme gestionali, la produzione e l'erogazione di servizi alla persona o di rilievo pubblico o sociale». G. Di Cecco, «Il "terzo settore" per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale», in *Aedon*, n. 2, 2006, osserva che «L'ambizioso compito lasciato al legislatore delegato era, dunque, quello di ricondurre a unità la frammentata legislazione esistente, passando da una normazione "per soggetti" a

contenute in tale decreto legislativo assumono quindi importanza per la disciplina dell'impresa esercitata dalla fondazione e devono essere tenute nel debito conto in sede di riforma del titolo II del libro primo del codice civile⁵³⁶.

L'impresa sociale è categoria trasversale agli enti *non profit* e del libro quinto del codice, essendo sufficiente il trattarsi di «organizzazione privata»⁵³⁷ e con la sola eccezione delle amministrazioni pubbliche e delle organizzazioni i cui atti costitutivi limitino, anche indirettamente, l'erogazione dei beni e servizi in favore dei soli soci, associati o partecipi.

La specificità dell'impresa sociale risiede nell'operare in settori di utilità sociale e nell'assenza di scopo di lucro⁵³⁸; questi aspetti devono essere menzionati nell'atto pubblico di costituzione dell'impresa, la cui denominazione deve recare la locuzione di «impresa sociale». L'u-

una disciplina «per oggetto» dell'attività esercitata e disegnando così un nuovo, e possibilmente armonico, quadro normativo di riferimento per tutti coloro che, in qualunque forma (o quasi), esercitano un'impresa capace di produrre particolari utilità di carattere esterno e collettivo».

⁵³⁶ Invero, per la disciplina dell'impresa sociale la dottrina (A. Santuari, «L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti *non profit*)», in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, pp. 920 sgg.) aveva indicato quale alternativa a un'apposita disciplina (soluzione che è stata adottata) l'inserimento nella più ampia revisione del libro primo o del libro quinto del codice.

⁵³⁷ L'articolo 1 del decreto legislativo n. 155/2006 espressamente specifica il potersi trattare anche degli «enti di cui al libro V del codice civile»: questa è un'ulteriore specificazione del «tramonto» dello scopo di lucro delle società di capitali, del quale si è detto al paragrafo 7 (si veda anche la nota 109).

⁵³⁸ La nozione di impresa sociale (art. 1 d.lgs. n. 155/2006) riproduce infatti quella di impresa ricavabile dall'articolo 2082 c. c., ossia l'esercizio in via stabile e principale di un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi, salva la specificazione del trattarsi di beni e servizi di «utilità sociale» e, all'art. 3, dell'assenza dello scopo di lucro. L'articolo 2, comma 3, specifica che per attività principale «si intende quella per la quale i relativi ricavi sono superiori al settanta per cento dei ricavi complessivi dell'organizzazione che esercita l'impresa sociale» e rinvia a decreto del Ministro delle attività produttive (ora Ministro dello sviluppo economico) e del Ministro del lavoro e delle politiche sociali (ora Ministro del lavoro e della previdenza sociale) la definizione dei «criteri quantitativi e temporali per il computo della percentuale del settanta per cento dei ricavi complessivi dell'impresa».

tilità sociale è specificata con l'individuazione dei settori in cui può svolgersi l'attività⁵³⁹, potendo altresì acquisire la qualifica di impresa sociale le organizzazioni che esercitino l'attività di impresa ai fini dell'inserimento lavorativo di lavoratori svantaggiati o disabili (art. 2)⁵⁴⁰. Il divieto di distribuzione degli utili viene definito (art. 3), come già si è detto al paragrafo 52. L'assenza di scopo di lucro deve essere preservata anche in caso di trasformazione, fusione, scissione (art. 13).

È specificata l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 5), da cui decorre, per le organizzazioni con patrimonio superiore a ventimila euro, la limitazione di responsabilità al patrimonio sociale; è peraltro anche prevista, in caso di perdite rilevanti, la responsabilità personale e solidale di chi ha agito (art. 6). È prevista l'applicazione di disciplina societaria in tema di direzione e controllo, escluso per le imprese private con finalità lucrative e le amministrazioni pubbliche (art. 4) (enti che non possono anche nominare le cariche sociali (art. 8))⁵⁴¹, di scritture contabili (cui si aggiunge l'obbligo di deposito presso il registro delle imprese del bilancio sociale) (art. 10), di organo di controllo (art. 11). L'impresa sociale è assoggettabile a liquidazione coatta amministrativa (art. 15). Degna di menzione è la norma (art. 12) che prevede il coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari delle attività,

⁵³⁹ Si può notare come i settori di attività delle imprese sociali corrispondano sostanzialmente ai settori di attività delle ONLUS e delle fondazioni bancarie, ossia, come è stato osservato al paragrafo 35 relativo a queste ultime fondazioni, ai settori in cui può operare un ente *non profit*.

⁵⁴⁰ L'importanza del ruolo dell'impresa sociale nell'inserimento lavorativo di questi soggetti è ricavabile dall'attribuzione, indipendentemente dal settore di attività dell'impresa, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali (ora Ministero del lavoro e della previdenza sociale) dell'emanazione di linee guida e dell'autorizzazione per trasformazioni, fusioni e scissioni (art. 13), nonché di vigilanza e sanzionatorie (art. 16). Il Ministero esercita le competenze a esso attribuite sentita l'Agenzia per le ONLUS.

⁵⁴¹ D. Bolognino, «Prima lettura del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 "Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118"», dattiloscritto, p. 16, in corso di pubblicazione in *Impresa sociale*, osserva, da tali disposizioni, «la volontà del legislatore di preservare le future imprese sociali dalla possibilità di divenire una *longa manus* di un ente pubblico», che potrebbe essere stata influenzata da quanto accaduto per le fondazioni bancarie a opera dell'articolo 11 della legge n. 448/2001 e censurato dalla Corte costituzionale.

configurandolo come obbligatoriamente previsto in regolamenti aziendali o atti costitutivi⁵⁴². Degli esiti di tale coinvolgimento deve essere fatta menzione nel bilancio sociale (art. 14).

Chiarito, ed eventualmente specificato, in sede di revisione codicistica, l'esercizio da parte della fondazione di attività d'impresa, la disciplina di cui al decreto legislativo n. 155/2006 risulterebbe pacificamente applicabile alla fondazione, in presenza degli elementi specifici richiesti dal decreto stesso. In particolare l'impresa esercitata da fondazione rientrerebbe nella disciplina citata se operante nei settori ritenuti di «utilità sociale», mentre il divieto di distribuzione degli utili caratterizza sia l'impresa sociale che la fondazione. La disciplina dell'impresa esercitata da fondazione, laddove inquadrabile nella specie «impresa sociale», risulterebbe quindi già disciplinata.

Altro è il trarre dalla disciplina dell'impresa sociale suggerimenti per la riforma dell'istituto della fondazione. Al paragrafo 52 si è già fatto riferimento al divieto di distribuzione degli utili; quanto all'altro requisito dell'impresa sociale – l'utilità sociale – una normazione analogica per la fondazione equivarrebbe alla definizione dei settori di attività, mentre interessante è il riferimento all'«utilità sociale», quale scopo della persona giuridica, del quale si è detto al paragrafo 52.

Una disciplina particolare dell'impresa esercitata da ente non lucrativo potrebbe determinare problemi poiché sia questa impresa che quella lucrativa operano nello stesso mercato⁵⁴³. Il problema si pone, in particolare, per le agevolazioni fiscali accordate alle imprese, che, secondo la giurisprudenza comunitaria, costituiscono aiuti di Stato.

⁵⁴² Il comma 2 della norma specifica ciò che si intende per «coinvolgimento»: con diverse graduazioni («l'informazione, la consultazione o la partecipazione») il coinvolgimento deve consentire ai soggetti indicati di esercitare «un'influenza sulle decisioni che devono essere adottate nell'ambito dell'impresa, almeno in relazione alle questioni che incidano direttamente sulle condizioni di lavoro e sulla qualità dei beni e dei servizi prodotti o scambiati». Si consente così un'influenza sulla decisione a soggetti portatori di interessi. Informazione, consultazione e partecipazione, «nei termini e con le modalità specificate nei regolamenti aziendali o concordati dagli organi di amministrazione dell'impresa sociale con loro rappresentanti», costituiscono diritti dei lavoratori dell'impresa sociale «a qualunque titolo prestino la loro opera» (art. 14).

⁵⁴³ In questo senso A. Zoppini, cit. a nota 498, p. 372.

Come infatti si è detto (si vedano il paragrafo 47 e la nota 480), la disciplina comunitaria qualifica impresa qualsiasi entità che eserciti attività economica (ossia attività volta a offrire beni o servizi sul mercato), indipendentemente dalla sua configurazione giuridica. L'opera di revisione non può quindi non tenere conto degli orientamenti, più restrittivi, dettati in sede comunitaria.

Come specificamente previsto per le fondazioni bancarie l'impresa può essere esercitata direttamente dalla fondazione ovvero da una società della quale la fondazione detiene il controllo. La riforma potrebbe prevedere entrambe queste possibilità.

La prima ipotesi (impresa esercitata direttamente) dovrebbe essere regolata da netta separazione patrimoniale con autonomia e non comunicazione tra patrimonio dell'impresa e patrimonio della fondazione, ossia mediante lo strumento dei patrimoni dedicati o separati, che potrebbe essere espressamente previsto, in analogia a quanto previsto per le società per azioni. I frutti della gestione dell'impresa, non destinati al finanziamento della medesima, entrano nella fondazione per essere destinati obbligatoriamente allo scopo fondazionale. Invece si profila una preferenza, sostenuta anche in dottrina⁵⁴⁴ e nella pratica delle fondazioni bancarie, per l'esercizio di impresa attraverso una società controllata; la proposta elaborata dal gruppo di studiosi in sede comunitaria (art. 6.2) prevede l'esercizio di impresa in forma indiretta come unica possibilità, mentre la bozza elaborata dall'European Foundation Centre (art. 4, c. 4) consente anche l'esercizio in forma diretta.

Le ragioni della preferenza per l'esercizio di attività di impresa da parte di società controllata sono varie. Si ritiene che l'esercizio attraverso una società possa rappresentare un'opportuna soluzione nel diversificare l'attività, imputando l'attività imprenditoriale a un soggetto distinto, quale la società partecipata, e conseguentemente non esporre l'ente non lucrativo a rischi di insolvenza derivanti dall'esercizio dell'attività imprenditoriale. Questa opportunità appare particolarmente valida laddove si adottasse la tesi, prima descritta, dell'applicazione integrale dello statuto dell'imprenditore commerciale. Parimenti la società controllata risolve il problema dell'organizzazione,

⁵⁴⁴ P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 530, p. 68.

che è attuata secondo le regole societarie. Essa, infine, consente la *partnership* sia con enti lucrativi che con amministrazioni pubbliche, rispetto alle quali il decreto legislativo sull'impresa sociale pone limiti al fine di limitarne l'ingerenza nell'impresa. La soluzione della società controllata non pone problemi di sorta: la titolarità della partecipazione della fondazione a società di capitali è pacificamente ammessa; come si è visto, limitazione è prevista soltanto per le fondazioni bancarie che possono detenere partecipazioni di controllo solo in società che hanno per oggetto esclusivo l'esercizio di imprese strumentali. Soltanto la legislazione sulle fondazioni bancarie adotta la terminologia di «società strumentali», dovendosi intendere la strumentalità nello stesso senso della strumentalità dell'impresa.

Altrettanto sono ammessi gruppi di società con al vertice una fondazione (fondazione *holding*).

La partecipazione della fondazione a ente lucrativo non ne altera infatti la causa; ciò ancor più a seguito della riforma societaria che non configura come elementi causali della società né lo scopo di dividerne gli utili (stante l'ammissibilità di società senza tale scopo), né la pluralità dei soci (stante l'ammissibilità di società con unico azionista). Beninteso la società strumentale e i suoi programmi imprenditoriali, pur rimanendo autonomi, devono essere compatibili con l'attività istituzionale della fondazione.

La scelta della fondazione di dotarsi di una società strumentale attiene, oltre che all'opportunità della decisione, alla struttura organizzativa (alla scelta dei *partners*, che possono essere pubblici o privati, enti lucrativi o soggetti del *non profit*) e alla *governance*, determinando i margini di autonomia degli amministratori della società rispetto alla fondazione controllante, in particolare individuando le decisioni soggette ad assenso preventivo della fondazione controllante; la fondazione potrebbe anche prevedere un'apposita struttura di controllo che riferisce agli organi della fondazione.

La disciplina applicabile è interamente quella societaria; unico problema, che dovrebbe essere esaminato in sede di riforma, è relativo alla tutela dell'interesse dell'eventuale socio di minoranza; gli utili possono essere distribuiti ma deve essere salvaguardata la strumentalità della società al fine statutario, lasciando la destinazione degli utili alle finalità della fondazione, salva destinazione al finanziamento dell'impresa.

La società strumentale non potrebbe non essere considerata soggetto distinto dalla fondazione ed escluso qualsiasi rischio di soggezione al controllo previsto per la fondazione, seguendo la società interamente le regole del controllo societario.

Aspetto che potrebbe eventualmente essere considerato attiene all'opportunità di figure distinte per gli amministratori della fondazione e amministratori della società controllata che gestisce l'impresa.

È stato osservato che la fondazione esercita, rispetto alla società controllata, l'attività di direzione e coordinamento, anche per garantire la diretta realizzazione degli scopi statuari⁵⁴⁵. L'ipotesi rientra dunque nella fondazione *holding* di impresa o gruppi di impresa, trattata al paragrafo 10, rispetto alla cui ammissibilità non si rinvergono orientamenti discordi. Questo aspetto è, come si è detto, disciplinato, a seguito della riforma societaria, dagli articoli 2497 e seguenti del codice civile: è stato ritenuto che l'applicabilità della norma in tema di responsabilità non pone particolari problemi e può ricorrere prevalentemente nei confronti dei creditori sociali, stante la tutela attenuata del socio di minoranza della società strumentale⁵⁴⁶.

Si può in sintesi affermare che, in materia di impresa esercitata dalla fondazione, utili spunti possono essere tratti dall'impostazione adottata dal legislatore in tema di fondazioni bancarie con una disciplina più o meno differenziata rispetto a tale modello relativamente ai vari aspetti che si sono esaminati.

Al riguardo si può osservare che la bozza predisposta nella scorsa legislatura, che, prevedendo una legge delega, si limita a fissare principi e criteri, contiene (art. 6, c. 2) due principi per le fondazioni che realizzano finalità collettive o riferibili alla generalità, mutuati dalla legislazione sulle fondazioni bancarie: oltre alla previsione, di cui già si è detto, di un limite all'esercizio di imprese non direttamente strumentali, la previsione di limiti quantitativi alle partecipazioni sociali nelle società che svolgono attività non strumentali.

⁵⁴⁵ P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 530, p. 69.

⁵⁴⁶ P. Ferro-Luzzi, cit. a nota 530 p. 70.

65. Segue - *L'avvicinamento agli enti del libro quinto*

L'esercizio di attività imprenditoriale da parte di ente non lucrativo è l'esempio più evidente dell'avvicinamento tra gli enti del libro primo e del libro quinto del codice civile, che non rappresentano oggi mondi lontani quali erano un tempo ma sono caratterizzati da una continuità. Di questa si è avuto modo di trattare, anche accennando a specifici istituti che ne sono dimostrazione (società senza scopo di lucro, società a responsabilità limitata con un unico azionista, patrimoni destinati a uno specifico affare). Le tradizionali distinzioni tra enti del libro primo e del libro quinto sono oggi criticate: la finalità (altruistica o egoistica); l'attività (satisfattiva o economica); la struttura dell'atto costitutivo (chiusa o aperta); il carattere (non lucrativo o lucrativo). È stata avanzata infatti in dottrina l'ammissibilità della «fondazione lucrativa» per i casi, citati, di «forma di separazione patrimoniale personificata con scopo lucrativo»⁵⁴⁷.

Lo sviluppo del ruolo delle fondazioni, specie nella vita economica, ha determinato una neutralizzazione delle forme giuridiche non soltanto all'interno degli istituti tradizionalmente rappresentativi del *non profit*, ma anche rispetto alle società, che presentano talvolta funzionalità rispetto agli enti del libro primo, in tutti i casi in cui sia peraltro presente uno scopo non lucrativo.

Il criterio di distinzione, che deve guidare qualsivoglia intervento di riforma che, successivo alla riforma del diritto societario, tenga conto della nuova disciplina in questa materia, risiede nel *non distribution constraint* che connota gli enti del libro primo.

La riforma del titolo II del libro primo, compiuta tenendo conto dell'evoluzione della fondazione di diritto comune, ma anche della disciplina specificamente dettata dalla legislazione speciale, specie in tema di fondazioni bancarie, potrà ridurre l'ambito di operatività della legislazione speciale essendo auspicabile addivenire a una discipli-

⁵⁴⁷ G. Oppo, cit. a nota 314, p. 230.

na unitaria dell'istituto. È infatti opportuno che la nuova disciplina «sappia coniugare le esigenze di uniformazione con quelle di differenziazione»⁵⁴⁸. La materia è al presente in evoluzione⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ M. Basile, cit. a nota 436, p. 285.

⁵⁴⁹ In effetti, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze datato 4 agosto 2006 e registrato il 10 agosto 2006 è stata istituita una Commissione per la riforma organica del libro I titolo II del codice civile in tema di persone giuridiche e di associazioni non riconosciute, che ha raccolto molti tra i più significativi studiosi italiani delle varie discipline giuridiche, oltreché economisti e operatori del terzo settore. La Commissione, sotto la presidenza del Vice Ministro dell'economia e delle finanze, sen. Roberto Pinza, ha lavorato nel periodo secondo semestre 2006 – primo semestre 2007, consegnando nelle mani del Ministro un progetto di legge delega relativa alla materia in oggetto. Al momento della stampa di questo contributo (settembre 2007), tale progetto non è stato ancora reso di pubblico dominio, ma la sua messa a disposizione degli studiosi e degli interessati è attesa per l'immediato futuro.

Bibliografia

- Agnelli, G., Pacini, M., Richardson, J. et Al., *Per conoscere le fondazioni. I mondi delle fondazioni in Italia e all'estero*, Rapporto a cura della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997.
- Alpa, G., «Il regime delle fondazioni in Italia», in *Quaderni Regionali*, 1977.
- , «Il patrimonio delle fondazioni bancarie», in *Le fondazioni bancarie*, a cura di S. Amorosino e F. Capriglione, Padova, 1999.
- , «Note minime sul patrimonio delle “fondazioni bancarie”», in *Vita notariale*, I, 1999, pp. 492-508.
- Alpa, G. e Mariconda, V. (a cura di), *Codice civile commentato*, libro V, coordinato da F. Lapertosa, S. Liebmann, G. Sbisà e A. Zoppini, Milano, 2005.
- Amorosino, S., «La vigilanza del Ministero dell'economia sugli enti e sulle società strumentali delle fondazioni bancarie», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005.
- Anello, P. e Rizzini Bisinelli, S., «Fondazioni: prime osservazioni sul decreto applicativo della l. n. 461/1998», in *Le società*, 1999, pp. 654-69.
- Angiuli, A., «Natura giuridica e autonomia delle fondazioni bancarie: l'intervento della Corte costituzionale», in *Rivista di diritto privato*, 2004, pp. 635-60.
- Anheier, H. K. e Siebel, W. (a cura di), *The Third Sector: Comparative Studies of Nonprofit Organizations*, Berlin-New York, 1990.
- Arena, A., *Introduzione allo studio del diritto commerciale e titoli di credito*, lezioni, Milano, 1956.

- Arrigo, T., «Il trust per la gestione di manifestazioni artistiche e culturali e per la promozione di opere pubbliche relative all'attività dell'ente. Il trust per la gestione di palestre, centri sportivi e socio-ricreativi», relazione al seminario tecnico-divulgativo «Il trust come strumento di gestione dell'attività privatistica dell'ente pubblico», dattiloscritto.
- Associazione fra le Casse di Risparmio Italiane (ACRI), *Rapporto sulle Community Foundations*, settimo manuale, Roma, 1998.
- Balboni, E., «Sussidiarietà, libertà sociali, carenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria», in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2004, pp. 3149-68.
- Banca d'Italia, *Ordinamento degli enti pubblici creditizi. Analisi e prospettive*, Roma, 1981.
- , *Ordinamento degli enti pubblici creditizi, L'adozione del modello della società per azioni*, Roma, 1988.
- Baralis, G., «Enti non profit: profili civilistici», in *Rivista del notariato*, I, 1999, pp. 1091-110.
- Baratti, G., «Fondazioni di origine bancaria e imprese strumentali», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005.
- Barbetta, G. P., «Fondazioni di erogazione e finanziamento del settore nonprofit», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- , «Sul regime delle Casse di risparmio a base associativa», in *Le fondazioni Casse di Risparmio*, a cura di F. A. Roversi Monaco, Rimini, 1998.
- Bardusco, A., voce «Fondazione di diritto pubblico», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. VI, 1991, pp. 389-96.
- Bartoli, S., *Il trust*, Milano, 2001.
- Basile, M., «Nuovi adattamenti di un antico istituto», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- , «Sono davvero fondazioni le casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in "fondazione"?», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 1996, pp. 103-07.

- , voce «Enti non lucrativi (diritto civile)», in *Enciclopedia del diritto*, Agg., vol. III, 1999, pp. 570-84.
- , «Problemi e prospettive in tema di controlli sulle fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2005, pp. 263-85.
- Basile, M. e Falzea, A., voce «Persona giuridica (diritto privato)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983, pp. 234-75.
- Bellezza, E. e Florian, F., *Le Fondazioni nel Terzo Millennio*, Firenze-Antella, 1998.
- Belli, F. e Mazzini, F., voce «Fondazioni bancarie», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, Agg., 2000, pp. 296-332.
- , «Fondazioni e territorio. Qualche spunto di riflessione», in *Il ponte*, n. 5, 2003, pp. 39-50.
- Bianca, C. M., *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica. I soggetti*, 2^a ed., Milano, 2002.
- , *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Milano, 1987.
- Bigliazzi Geri, L., in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XIII, 2000.
- Bolognino, D., «Prima lettura del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 “Disciplina dell’impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118”», dattiloscritto, in corso di pubblicazione in *Impresa sociale*.
- Borzaga, C. e Cafaggi, F., «Introduzione», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura dei medesimi, Roma, 1999.
- Cafaggi, F., «Alla ricerca di un’identità: le fondazioni di origine bancaria e l’evoluzione degli enti non profit», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Cafaggi, Roma, 1999.
- Campobasso, G. F., «Associazioni e attività d’impresa», in *Rivista di diritto civile*, II, 1994, pp. 581-95.
- Capozzi, G., «La riforma del riconoscimento delle persone giuridiche private», in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pp. 781-89.
- Capriglione, F., «Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del “controllo” sulle s.p.a. conferitarie», in *Le «fondazioni bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di S. Amoroso e F. Capriglione, Padova, 1999.
- Caputi Jambrenghi, V., «L’organismo di diritto pubblico», in *Rivista di diritto amministrativo*, 2000, pp. 13-39.

Bibliografia

- Carrabba, A. A., «Lo scopo delle associazioni e delle fondazioni (art. 1, co. 3. D.P.R. 10 febbraio 2000, N. 361)», in *Rivista del notariato*, I, 2001, pp. 763-85.
- Cartocci, R. e Maconi, F. (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna, 2006.
- Casadei, B., «Fondazioni di origine bancaria e società civile», in *Queste istituzioni*, 2000, pp. 73-91.
- Casadei, B., e Gamba, A., «Le fondazioni comunitarie. Prima parte: principi fondamentali e cenni storici», in *Quaderni di discussione delle fondazioni italiane*, n. 1, 1997.
- Cassese, S., «Da fondazioni bancarie a ente "non profit"?», relazione al convegno «Le fondazioni bancarie dopo la direttiva del Ministro del Tesoro ed effetti sul mercato dei capitali» organizzato da Paradigma, Milano, 10 febbraio 1995.
- , «La ristrutturazione delle banche pubbliche e gli enti conferenti», in *La legge 30 luglio 1990, n. 218. Contributi per la ristrutturazione delle Casse di Risparmio e delle banche del Monte*, Associazione fra le Casse di Risparmio Italiane (ACRI), Roma, 1991.
- , «Le persone giuridiche e lo Stato», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- Cavallo, B., «La natura giuridica delle fondazioni bancarie», in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 606-15.
- Cetra, A., *L'impresa collettiva non societaria*, Torino, 2003.
- Cian, G. e Trabucchi, A., *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2005.
- Cirenei, M. T., *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983.
- Clarich, M. e Pisaneschi, A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001.
- , «La riforma delle fondazioni bancarie», in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2002, pp. 334-36.
- Consiglio Italiano per le Scienze sociali, «Libro Bianco sulle Fondazioni in Italia», in *Queste istituzioni*, n. 127, 2002.
- Costanza, M., «Profili civilistici della normativa sulle organizzazioni di volontariato», commento all'art. 3 della l. n. 266/1991, in *Il corriere giuridico*, 1991, pp. 1074-76.
- Costi, R., «Fondazione e impresa», in *Rivista di diritto civile*, I, 1968, pp. 1-49.

- , «La riforma delle “fondazioni bancarie”», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1997, pp. 507-18.
- , «La riforma delle “fondazioni bancarie”», in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. II, *Diritto privato*, Milano, 1998.
- Danzi, L., Demarie, M., «Fondazioni, una specie in via di estensione», in *Il Ponte*, LIX, n. 5, 2003, pp. 139-56.
- D'Amelio, S., *La beneficenza nel diritto italiano*, 5ª ed., Roma-Padova, 1931.
- De Angelis, L., «Le operazioni di trasformazione, fusione e scissione nella legge delega per la riforma del diritto societario», in *Rivista delle società*, 2002, pp. 41-77.
- De Giorgi, M. V., «Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e fondazioni», in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. II, Torino, 1982.
- , «Il nuovo diritto degli enti senza scopo di lucro: dalla povertà delle forme codicistiche al groviglio delle leggi speciali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1999, pp. 287-323.
- , «La scelta degli enti privati: riconoscimento civilistico e/o registrazione speciale?», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2001, pp. 83-95.
- , «Fondazioni bancarie e linee evolutive della disciplina comune», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2004, pp. 643-58.
- , «Fondazioni di famiglia e attività d'impresa», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2005, pp. 79-84.
- Demarie, M., «Le fondazioni culturali in Italia: profili organizzativi», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Del Prato, E., «Fondazioni bancarie e categorie civilistiche», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2002, pp. 739-52.
- , «Persone giuridiche e fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2004, pp. 678-92.
- Di Cecco, G., «Il “terzo settore” per i beni culturali alla (tenue) luce della disciplina dell'impresa sociale», in *Aedon*, n. 2, 2006.
- Di Majo, A., «Le neo-fondazioni della lirica: un passo avanti e due indietro», in *Il corriere giuridico*, n. 1, 1997, pp. 114-17.

- Emanuele, E. F. M., «Il filo conduttore della vicenda delle fondazioni ex bancarie», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Emerson Andrews, F., voce «Foundation», in *The Encyclopedia Americana – International edition*, vol. 11, Danbury, Conn., 2003, p. 646.
- Falzea, A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.
- , «Brevi note sui caratteri differenziali tra società ed associazione», in *Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione – Sezioni civili*, III, 1947, pp. 987-97.
- , «In tema di sentenze di accoglimento parziale», in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del convegno di Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano, 1988.
- , «Fondazioni, autonomia, soggettività», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Ferrara, F., «Le persone giuridiche», in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, rist. 2^a ed., Torino, 1958.
- Ferrara, F., sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino, 1915.
- Ferrari, P. e Magnani, E., «Il futuro ruolo delle fondazioni bancarie: nuovi investitori istituzionali, puri grant-maker, community foundation o che altro?», in *Il risparmio*, 1998, pp. 1129-83.
- Ferri, G., *Manuale di diritto commerciale*, 2^a ed., Torino, 1965.
- Ferro-Luzzi, P., «Fondazioni bancarie: che fare?», in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 1999, pp. 455-71.
- , «Imprese strumentali – Profili di sistema», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005.
- , Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Fiorenzano, S., «Le fondazioni di origine bancaria nuovamente al cospetto della Corte costituzionale: alla ricerca di un duplice equilibrio tra autonomia privata e tentazioni neo-dirigiste», in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 921-26.

- Fortunato, S., «L'autonomia statutaria delle fondazioni bancarie», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2003, pp. 1-21.
- Fregni, M. C., *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, 1998.
- Freni, E., «La trasformazione degli enti lirici in fondazioni di diritto privato», Commento al d.lgs. 29.6.1996, n. 367, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 1996, pp. 1115-20.
- Fusaro, A., voce «Fondazione», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. VIII, 1992, p. 359.
- Fusaro, A., «La riforma del diritto delle associazioni», in *Giurisprudenza italiana*, 2000, pp. 2427-28.
- , «Trasformazioni eterogenee, fusioni eterogenee ed altre interferenze della riforma del diritto societario sul “terzo settore”», in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 294-313.
- Galgano, F., «Per una ipotesi sulla natura giuridica dei comitati», in *Jus*, 1958, pp. 69-93.
- , «Sull'ammissibilità di una fondazione non riconosciuta», in *Rivista di diritto civile*, II, 1963, pp. 172-88.
- , *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 1976.
- , voce «Fondazione c) Diritto civile», in *Enciclopedia giuridica dell'Istituto dell'Enciclopedia Italiana*, vol. XIV, 1989, pp. 1-9.
- , voce «Persona giuridica», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XIII, 1995, pp. 392-407.
- , *Diritto privato*, 9ª ed., Padova, 1996.
- , *Le associazioni. Le fondazioni. I comitati*, 2ª ed., Padova, 1996.
- , «Sulle cosiddette fondazioni bancarie, parere *pro veritate*», in *Contratto e impresa*, I, 1996, pp. 811-27.
- , *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003.
- , *Delle persone giuridiche – art. 11-35*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, 2ª ed., Bologna-Roma, 2006.
- Gallo, F., «Fondazioni e fisco», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Gallo, P., *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Torino, 2000.

- Gangi, C., *Persone fisiche e persone giuridiche*, 2ª ed., Milano, 1948.
- Genovese, A., *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990.
- Gentili, A., «Le origini delle Casse di Risparmio e la formazione del quadro normativo degli enti conferenti», in *Atti del convegno di Roma*, 31 gennaio 1995, Roma, 1995.
- , «Fondazioni bancarie e progettazione legislativa. Profili civilistici», in *Rivista di diritto civile*, II, 1998, pp. 11-21.
- , «La riforma delle fondazioni bancarie: gli organi», in *Le «fondazioni bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di S. Amoroso e F. Capriglione, Padova, 1999.
- , «La riforma delle fondazioni di origine bancaria», in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, pp. 399-413.
- Ghetti, G., «La partecipazione delle fondazioni bancarie ad altri soggetti», in *Le fondazioni bancarie dalla legge n. 218/90 al d.lgs. 153/99*, a cura di G. Amoroso e F. Capriglione, Padova, 1999.
- , Conclusioni del convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005.
- Giannini, M. S., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970.
- , voce «Organi (teoria generale)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXI, 1981, pp. 37-60.
- , voce «Pianificazione», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, 1983, pp. 629-34.
- Giorgi, G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, 2ª ed., vol. I, Firenze, 1899.
- Gorgoni, M., «Commento alla legge 11.8.1991, n. 266», art. 3 – Organizzazioni di volontariato, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1993, pp. 794-808.
- Gruppo di Studio Società e Istituzioni (a cura di), «Quasi un decalogo: i principi della riforma del primo libro del codice civile», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, Rimini, 1995.
- Guaccero, A., «Gli organi delle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2002, pp. 753-92.
- Guarino, G., «Le fondazioni. Alcune considerazioni generali», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989.

- , «Le fondazioni tra Stato, società e mercato», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Guzzetti, G., Intervento al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Le fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- , Relazione introduttiva al 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno 2006, dattiloscritto.
- Hansmann, H., «Economic Theories of Non-profit Organizations», in *The Nonprofit Sector: a Research Handbook*, a cura di W. Powell, New Haven, 1987.
- Hart, H. L. A., in *Contributi all'analisi del diritto* (trad. it.), a cura di V. Frosioni, Milano, 1966.
- Hopt, K. J., Walz, W. R., von Hippel, T., Then, V., *The European Foundation – A New Legal Approach*, Gütersloh, 2006.
- Ibba, C., *Le società «legali»*, Torino, 1992.
- Kelsen, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), Milano, 1959.
- Lamandini, M., «Commento all'articolo 2359 c. c.», in *Società di capitali, Commentario*, a cura di G. Piccolini e A. Stagno d'Alcontres, vol. I, Napoli, 2004.
- La Porta, S., *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004.
- «Le fondazioni bancarie: e ora la riforma del codice», editoriale, in *Queste istituzioni*, n. 116, 1998, pp. III-VII.
- Lemme, G., «Le fondazioni bancarie, imprese strumentali e tutela dei beni culturali», in *Gazzetta ambiente*, 2004, pp. 93-102.
- Libonati, B., «Ai margini della teoria dell'impresa: la “impresa strumentale” della fondazione bancaria», in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2005, pp. 177-85.
- Lipari, N., «Enunciare i principi guida», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- Lucarini Ortolani, D., «Privatizzazioni e fondazioni bancarie», in *Foro italiano*, V, 1995, pp. 120-31.
- Maltoni, A., «La fondazione della comunità locale», in *Fondazioni di origine bancaria e fondazioni di comunità locale*, Milano, 2005.

- Manes, P., «Le nuove prospettive in materia di fondazioni», in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 265-74.
- Manes, V., «Introduzione», in *L'economia del bene*, di C. Gaudiani, ed. ital. di *The Greater Good*, Milano, 2006.
- Marasà, G., *Le «società senza scopo di lucro»*, Milano, 1984.
- , «Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi», in *Rivista di diritto civile*, II, 1994, pp. 311-39.
- , «Le trasformazioni eterogenee», in *Rivista del notariato*, I, 2003, pp. 585-98.
- , «Le trasformazioni eterogenee», relazione al convegno «Principi civilistici nella riforma del diritto societario», Imperia, 26-27 settembre 2003.
- , «Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato», 1998, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005.
- , «Osservazioni su controlli e pubblicità degli enti del libro I cod. civ. nel quadro attuale e nelle prospettive di riforma», relazione tenuta al convegno «Associazioni e fondazioni: dal codice civile alle riforme annunciate», Gardone, 5-6 ottobre 2001, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni. Scritti*, Padova, 2005.
- Marchetta, D., «Le nuove fondazioni universitarie», in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, pp. 761-74.
- Mariconda, G., «Superare il processo di neutralizzazione», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- Marrama, D., «Contributo all'interpretazione della nozione di "organismo di diritto pubblico"», in *Rivista di diritto amministrativo*, VII, 2000, pp. 585-615.
- Mazzamuto, M., *La riduzione della spesa pubblica*, Torino, 2000.
- Merusi, F., «Natura, funzionamento e obiettivi dei cosiddetti enti-fondazioni», in *Bancaria*, n. 2, 1994, pp. 22-26.
- , «Verso una nuova disciplina degli enti conferenti», in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, I, 1995, pp. 185-93.
- , «Dalla cassa di risparmio alle fondazioni», in *Metacon*, 1993.
- , «La fine della storia: la l. n. 461 del 1998 e il d.lgs. n. 153 del 1999 sulle fondazioni bancarie», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1999, pp. 457-78.

- , «La nuova disciplina delle fondazioni bancarie», in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 1999, pp. 713-19.
- , «Natura e rilevanza dell'atto di indirizzo», in *Le «fondazioni bancarie» dalla legge n. 218/90 al d.lgs. n. 153/99*, a cura di S. Amoroso e F. Capriglione, Padova, 1999.
- , «La privatizzazione delle fondazioni tra pubblico e privato», relazione al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. I, Milano, 1957.
- Michoud, L., *La théorie de la personnalité*, Paris, 1906-1907.
- Minervini, G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.
- , «Divieto di gestione e diritto all'informazione nei rapporti fra fondazioni bancarie e banche partecipate», in *Rivista delle società*, 1995, pp. 27-47.
- Napolitano, G., «I controlli amministrativi sulle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2005, pp. 286-301.
- Natoli, U., voce «Rappresentanza (dir. priv.)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVIII, 1987, pp. 463-85.
- Nuzzo, A., «La riforma del Titolo II del libro I del Codice Civile e un'unica Autorità di vigilanza per le Fondazioni», relazione al 20° Congresso nazionale dell'ACRI, Bolzano, 22-23 giugno, 2006, dattiloscritto.
- Oppo, G., «Categorie commercialistiche e riforma tributaria», in *Riforma tributaria e diritto commerciale. Le fattispecie*, Milano, 1978.
- , «Ancora sulle fondazioni (ex bancarie): una strana vicenda legislativa», in *Rivista di diritto civile*, II, 1999, pp. 561-69.
- , Conclusioni del convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni di origine bancaria: problemi e prospettive», Roma, 26 novembre 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Orestano, R., *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, parte prima, dispense, Torino, 1959.
- , *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino, 1968.
- Pagliari, G., *Le fondazioni bancarie – Profili giuridici*, Milano, 2004.
- Palermo, G., *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalla società. Atti di un convegno della Scuola di Notariato di Roma*, Milano, 1990.

Bibliografia

- Pastori, G., «Le fondazioni bancarie, aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1997, pp. 495-506.
- Pavone La Rosa, A., Intervento introduttivo, in *Le fondazioni bancarie*, Atti del convegno di studi, Salerno, 16 ottobre 1998, Milano, 1999.
- Pavone La Rosa, A., «Fondazioni bancarie e disciplina dell'impresa commerciale», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2000, pp. 1-11.
- Pecorella, G., Intervento al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Piccoli, P., Intervento al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Pinza, R., Intervento al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Ponzanelli, G., «La rilevanza costituzionale delle fondazioni culturali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1979, pp. 23-64.
- , «Le non profit organisations dell'esperienza statunitense», in *Rivista di diritto civile*, I, 1985, pp. 59-75.
- , «Le fondazioni in diritto straniero», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989.
- , voce «Enti senza scopo di lucro», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. VII, 1991, pp. 468-70.
- , «Gli enti senza scopo di lucro nell'attesa della riforma», in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1995, pp. 515-21.
- , voce «Non profit organisations», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, vol. XVI, App., 1997, pp. 667-73.
- , «Le fondazioni bancarie tra libertà e controllo, – commento al d.lgs. n. 153/1999», in *Il corriere giuridico*, n. 10, 1999, p. 1197-214.
- , *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, 2ª ed., Torino, 2000.
- , Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Portale, G.B., «Fondazioni "bancarie" e diritto societario», in *Rivista delle società*, 2005, pp. 23-35.
- Predieri, A., *Appunti e proposte per una disciplina delle fondazioni ed enti privati con scopi culturali*, Milano, 1966, estratto.

- , «Funzioni e finalità delle fondazioni culturali», in *Proposte per una disciplina legislativa delle fondazioni culturali*, Atti del convegno internazionale promosso dall'Istituto accademico di Roma, dalla Fondazione Cini e dalla Fondazione Olivetti, Roma, 1967.
- , «Sull'ammodernamento della disciplina delle fondazioni e istituzioni di diritto privato», in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, pp. 1117-98.
- Prele, C., *Il privato partner per la cultura*, Torino, 2002.
- , «I patrimoni destinati delle società per azioni», in *Giurisprudenza piemontese*, n. 1, 2006, pp. 18-72.
- , «Le fondazioni nell'evoluzione della società», in *Economia pubblica*, n. 3-4, 2006, pp. 71-85.
- Prodi, R., in *Un modello strategico per le privatizzazioni*, Bologna, 1992.
- Quadrio Curzio, A. e Merzoni, G. (a cura di), *Il terzo settore tra servizi alla comunità e alla persona*, Milano, 2002.
- Ragno, M., «Fondazioni bancarie e attività di impresa», in *Banca, impresa, società*, 2000, pp. 439-61.
- Ragusa Maggiore, G., «L'impresa nell'associazione, nella fondazione e nella cooperativa», in *Vita notarile*, 1981, pp. 421-54.
- Rampulla, C., «La Corte si esercita in difficili equilibrismi sulle fondazioni bancarie», in *Le Regioni*, 2004, pp. 283-97.
- Rascio, R., «I contratti amministrativi degli enti», in *Istituzioni di diritto privato*, diretto da M. Bessone, 2ª ed., Torino, 1995.
- Relazione al d.l.l. n. 3194, Atti parlamentari*, Camera dei Deputati, XIII legislatura – Disegni di legge e relazioni – Documenti.
- Rescigno, P., «Fondazione e impresa», in *Rivista delle società*, 1967, pp. 812-47.
- , voce «Fondazione c) Diritto civile», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, 1968, pp. 790-814.
- , «La fondazione e i gruppi bancari», in *Banca, impresa, società*, n. 3, 1992, pp. 389-407.
- , «Evitare soluzioni occasionali», in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- , «Fondazioni bancarie e codice civile», in *Le fondazioni bancarie*, Atti del convegno di studi, Salerno, 16 ottobre 1998, Milano, 1999.
- , «Fondazioni di origine bancaria e riforma degli enti senza scopo di lucro.

- L'esperienza della Commissione di studi», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Ca-faggi, Roma, 1999.
- , «Le fondazioni bancarie», in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, 1999.
- , (a cura di), *Codice civile*, 4ª ed., Milano, 2001.
- , «La nozione originaria dell'istituto e la realtà giuridica attuale:», relazione al convegno indetto dall'Accademia nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- , Relazione di sintesi al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.
- Riccio, G. M., «Le fondazioni universitarie. Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, N. 254», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2002, pp. 141-60.
- Ristuccia, S., in *Fondazioni e associazioni: proposte per una riforma del primo libro del Codice Civile*, a cura del Gruppo di Studio Società e Istituzioni, Rimini, 1995.
- Rizzuto, P., «L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica», in *Contratto e impresa*, 2000, pp. 697-752.
- Rubino, D., *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952.
- Salamon, L. e Anheier, H. K., *The Emerging Non Profit Sector: an Overview*, New York, 1996.
- Salamon, L., List, R., Toepler, S. e Sokolowski, S., *Global Civil Society: Dimensions of the Nonprofit Sector. The Johns Hopkins Comparative Sector Project*, Baltimore, 1999.
- Saleilles, R., *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, 1910.
- Sandulli, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, 14ª ed., Napoli, 1984.
- Santini, G., «Il tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali», in *Rivista di diritto civile*, I, 1973, pp. 151-73.
- Santoro Passarelli, F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1983.
- Santuari, A., «L'impresa sociale: un concetto giuridico? (Sulla riforma del libro I del codice civile in materia di enti *non profit*)», in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, pp. 895-924.

- Sbisà, G., «Società controllate e società collegate», in *Contratto e impresa*, 1997, pp. 319-67.
- Schlesinger, P., «Le c. d. "fondazioni bancarie"», in *Borsa, banca e titoli di credito*, I, 1995, pp. 421-30.
- Schneider-Martin, *Familienunternehmen und Unternehmertestament*, Heidelberg, 1963.
- Scoca, F. G., «Le amministrazioni come operatori giuridici», in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna.
- Scotti Camuzzi, S., «Commento all'art. 2, comma 1°, lett. l), l. n. 461/98», in *Le fondazioni bancarie*, a cura di A. Nuzzo.
- Siniscalchi, A. M., «Il sistema delle Fondazioni tra autonomia privata e norme di intervento», sub art. 2, comma 1°, lett. g), l. n. 461/1998, in *Le fondazioni bancarie. Commento alla legge 23 dicembre 1998 n. 461, al decreto legislativo 17 maggio 1999 n. 153, all'atto di indirizzo del Ministro del Tesoro 5 agosto 1999*, Napoli, 1999.
- Sorace, D., «L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale», in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994.
- Spada, P., voce «Impresa», in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Commerciale*, vol. VII, 1992, pp. 32-76.
- , «Autorità e libertà nel diritto delle società per azioni», in *Rivista di diritto civile*, I, 1996, pp. 703-19.
- Strickrodt, G., *Unternehmen unter frei gewählter Stiftungessatzung*, Baden-Baden und Frankfurt am Main, 1956.
- Tamburrino, G., *Persone giuridiche e associazioni non riconosciute*, in *Comitati, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, collana diretta da W. Bigiavi, Torino, 1980.
- Tieghi, M., «Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria: l'ottica economico-aziendale», relazione al convegno di studi organizzato dalla Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna, 23 aprile 2004, Argelato (Bologna), in *Le imprese strumentali delle fondazioni di origine bancaria*, a cura di M. A. Stefanelli, Milano, 2005.
- Torchia, L., «I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata», in *Il ponte*, n. 5, 2003, pp. 63-74.
- , Relazione al seminario di studio indetto dalla Fondazione della Camera dei Deputati, Roma, 19-20 gennaio 2005, in *Per una riforma del diritto di associazioni e fondazioni*, Atti, Milano, 2005.

- Tuozzo, M., «L'assemblea nelle fondazioni di origine bancaria», in *Contratto e impresa*, 2004, pp. 463-76.
- Vella, F., «Il modello di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria», in *Le fondazioni Casse di Risparmio*, a cura di F. A. Roversi Monaco, Rimini, 1998.
- , «Il modello di vigilanza sulle fondazioni di origine bancaria tra controlli pubblici e autodisciplina», in *Le fondazioni bancarie. Un patrimonio alla ricerca di uno scopo*, a cura di C. Borzaga e F. Cafaggi, Roma, 1999.
- , «La "missione" delle fondazioni bancarie e gli investimenti culturali: vincoli e opportunità del nuovo ordinamento», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2001, pp. 455-68.
- Vietti, M., «Flessibilità & Trasparenza», in *Guida alle Nuove Società, La riforma di Spa, Srl e Cooperative*, Il Sole 24 Ore, febbraio 2003.
- Vittoria, D., «Le fondazioni culturali ed il consiglio di amministrazione. Evoluzione della prassi statutaria e prospettive della tecnica fondazionale», in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1975, pp. 298-348.
- , *Le fondazioni culturali e il consiglio di amministrazione*, Napoli, 1976.
- , «Gli enti del libro primo del codice civile: l'attuale assetto normativo e le prospettive di riforma», in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, a cura di P. Rescigno, Padova, 1989.
- , «Il cambiamento del tipo per gli enti del I libro del codice civile», in *Contratto e impresa*, 1992, pp. 1149-66.
- von Gierke, O., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. I, Berlin, 1895.
- von Savigny, F., *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it.), vol. II, Torino, 1886.
- Westermann, *Die Auswahl des Nachforers im frühling Unternehmerte-stament*, in *Festschrift P. Möhring*, München-Berlin, 1965.
- www.efc.be
- www.fondazioneCARIPLO.it
- www.fondazioni.it
- Zagrebelsky, G., Intervento al convegno indetto dall'Accademia Nazionale dei Lincei «Il problema delle fondazioni», Roma, 1-2 aprile 2004, in *Le fondazioni e le fondazioni di origine bancaria*, Atti dei convegni Lincei 219, Roma, 2005.
- Zanelli, P., «Oggetto sociale e attività economica nella società e nell'associazione», in *Le società*, 1961.

Zoppini, A., *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, 1995.

- , «La legge sulle c. d. fondazioni bancarie», commento alla legge n. 461/1998, in *Il corriere giuridico*, n. 4, 1999, pp. 411-15.
- , «L'autonomia statutaria nelle fondazioni di origine bancaria», in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 2000, pp. 399-406.
- , «Fusione eterogenea per incorporazione e riforma del diritto societario: parere *pro veritate*», in *Rivista del notariato*, III, 2004, pp. 1281-86.
- , «Problemi e prospettive per una riforma delle associazioni e fondazioni di diritto privato», in *Rivista di diritto civile*, II, 2005, pp. 365-77.

1. ...
2. ...
3. ...
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...
8. ...
9. ...
10. ...
11. ...
12. ...
13. ...
14. ...
15. ...
16. ...
17. ...
18. ...
19. ...
20. ...
21. ...
22. ...
23. ...
24. ...
25. ...
26. ...
27. ...
28. ...
29. ...
30. ...
31. ...
32. ...
33. ...
34. ...
35. ...
36. ...
37. ...
38. ...
39. ...
40. ...
41. ...
42. ...
43. ...
44. ...
45. ...
46. ...
47. ...
48. ...
49. ...
50. ...
51. ...
52. ...
53. ...
54. ...
55. ...
56. ...
57. ...
58. ...
59. ...
60. ...
61. ...
62. ...
63. ...
64. ...
65. ...
66. ...
67. ...
68. ...
69. ...
70. ...
71. ...
72. ...
73. ...
74. ...
75. ...
76. ...
77. ...
78. ...
79. ...
80. ...
81. ...
82. ...
83. ...
84. ...
85. ...
86. ...
87. ...
88. ...
89. ...
90. ...
91. ...
92. ...
93. ...
94. ...
95. ...
96. ...
97. ...
98. ...
99. ...
100. ...

Nota sull'autrice

Chiara Prele svolge attività di studio e consulenza giuridica, principalmente in materia di fondazioni. Autrice di numerosi saggi, collabora regolarmente con riviste giuridiche specializzate. Si è occupata della creazione di fondazioni a partecipazione mista pubblico-privato e di gestione di fondazioni culturali.

Chiusa l'arte viene messa in ordine e conservata in un luogo
particolare in modo da poterla usare di nuovo. Si è occupato
per un momento con questa famiglia specialistica. Si è occupato
della creazione di fondi per la gestione della lingua e per
la gestione di materiali culturali.

Per la promozione di una moderna cultura delle fondazioni

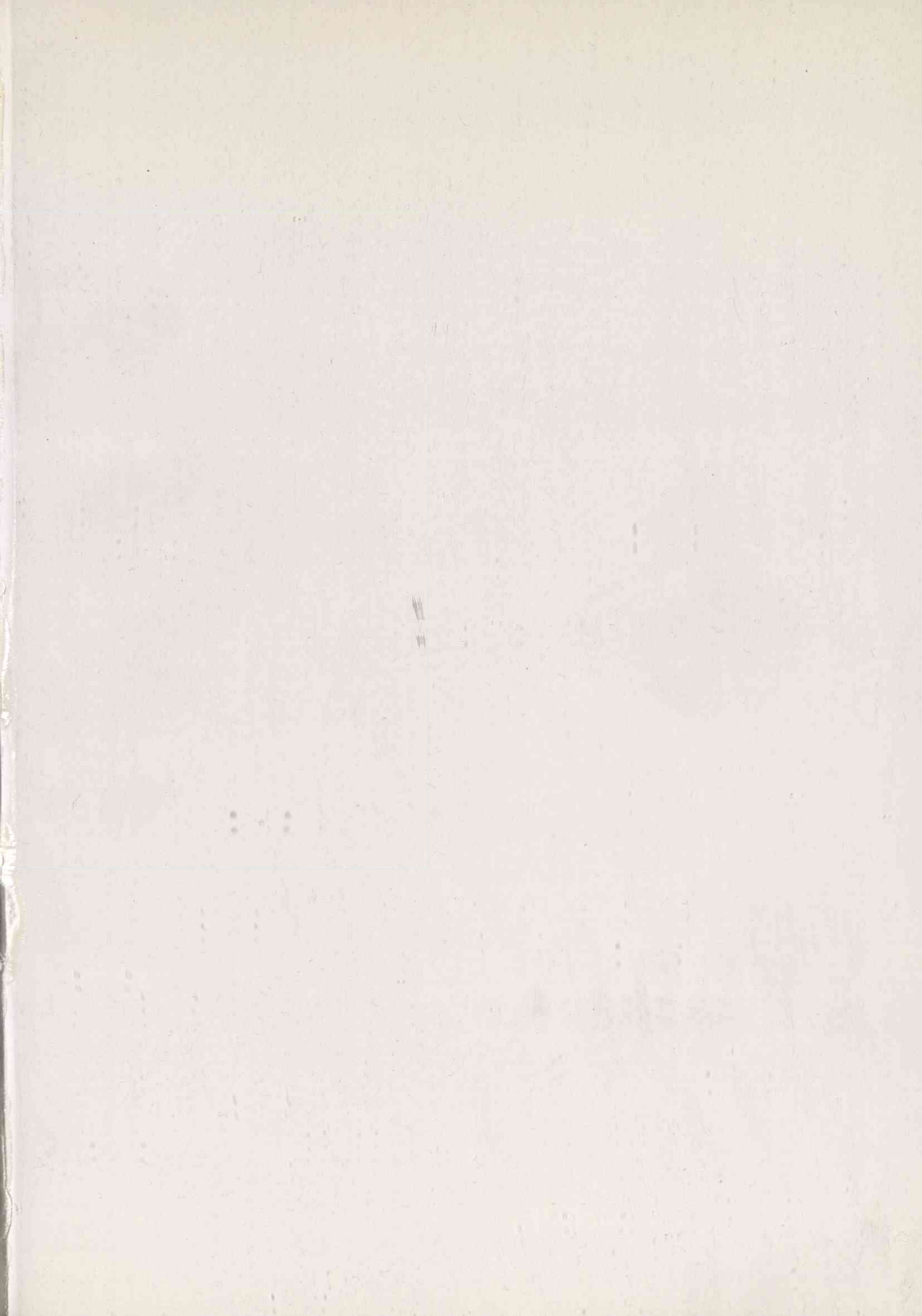
Il Centro di Documentazione sulle Fondazioni, costituito nel 1996 dalla Fondazione Giovanni Agnelli, è dal 1998 una fondazione indipendente. Opera a favore della crescita e diffusione di una moderna cultura delle fondazioni in Italia. È innanzitutto un osservatorio sul mondo delle fondazioni: promuove ed effettua una propria attività di ricerca e analisi, si occupa di monitorare la presenza e l'attività delle fondazioni italiane e di registrarne la dinamica demografica, svolge attività di consulenza orientativa e assistenza a operatori di fondazioni e a coloro che progettano di costituire una fondazione, esponenti del non profit, ricercatori e studiosi, funzionari pubblici.

Attività e basi informative del Centro sono consultabili tramite il suo sito www.fondazioni.it e il notiziario *Centro Documentazione Fondazioni Network*, inviato gratuitamente, sia in versione cartacea sia elettronica, a circa 5000 lettori. Il volume *La fondazione. Evoluzione giuridica di un istituto alla ribalta* inaugura la nuova collana Testi.

Il Centro dispone di una *Biblioteca specializzata*, aperta su appuntamento a studenti, ricercatori e operatori del settore, che raccoglie documentazione italiana e internazionale afferente alle fondazioni e al settore non profit in generale (libri, tesi, riviste, *newsletter*, opuscoli, statuti, *annual reports*, ma anche «letteratura grigia»). I servizi del Centro, come pure l'accesso al sito internet, sono interamente gratuiti. Coerentemente alle proprie finalità, il Centro di Documentazione sulle Fondazioni favorisce lo scambio tra fondazioni italiane e straniere in collegamento con lo European Foundation Centre (www.efc.be) di Bruxelles.

Via Giacosa 38, 10125 Torino (Tel. +39 011 6500500)
centrofondazioni@fga.it www.fondazioni.it

Finito di stampare nel mese di settembre 2007
dalla Tipografia Testa in Torino
Grafica copertina di Gloriano Bosio



LA FONDAZIONE. EVOLUZIONE GIURIDICA DI UN ISTITUTO ALLA RIBALTA

La forma giuridica «fondazione» riscuote oggi un grande successo. Essa ha subito, nella prassi e attraverso l'opera interpretativa della dottrina e della giurisprudenza, una notevole evoluzione rispetto al disposto del codice civile. Negli ultimi vent'anni si è aggiunta una copiosa legislazione speciale relativa a fondazioni costituite dal legislatore (quali la fondazione di origine bancaria e molte figure di fondazioni operanti in campo culturale).

Il volume è un compendio completo della disciplina sia codicistica sia speciale in materia di fondazioni. Tale analisi è propedeutica per una riflessione sulla riforma del titolo II del libro primo del codice civile. Quest'ultima, dopo anni di dibattito tra gli studiosi, è questione oggi alla ribalta delle politiche del diritto, sulla quale il legislatore mostra la volontà di intervenire. Il volume analizza i vari nodi della riforma ed evidenzia le diverse soluzioni che il legislatore potrebbe adottare. Il cantiere è aperto.



Edizioni
Fondazione Giovanni Agnelli

ISBN 978-88-



9 788878



Fondazione
Giovanni Agnelli

AS

207A07

2012

€ 20,00